Ausbeute

von

Nachforschungen

über verschiedene

Rechtsmaterien.

Von

Dr. F. C. Gesterding.



Fünften Theiles erste Abtheilung.

Greifswald,
bei C. A. Koch.

1835.

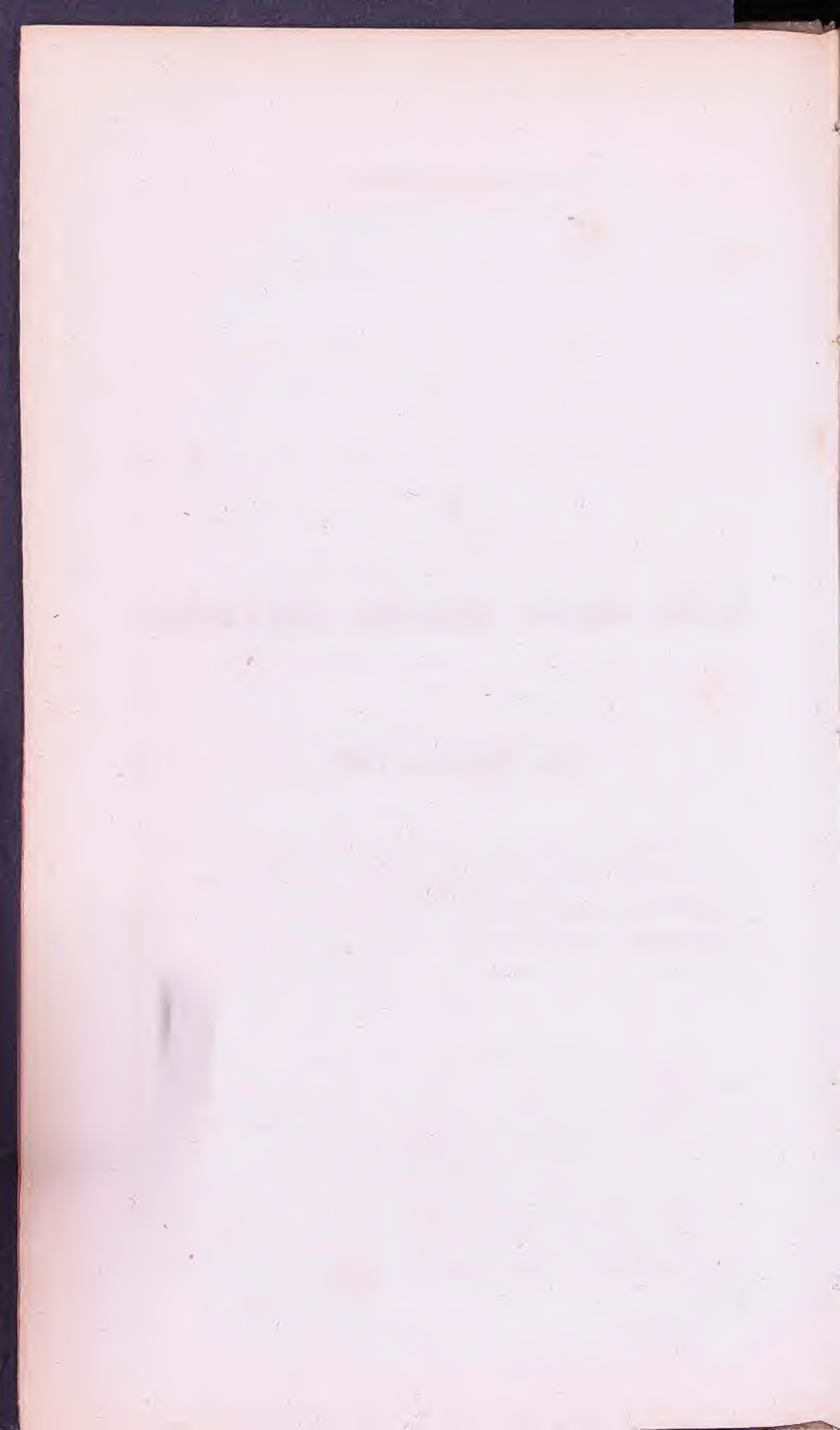
Inhalt.



I.

Actio aquae pluviae arcendae.

(Im September 1833.)



Vorwort.

Die actio aquae pluviae arcendae scheint auf den ersten Anblick von sehr geringer Bedeutung zu seyn, wenigstens haben die Rechtsgelehrten sie so behandelt, indem sie sich mit ihr fast gar nicht beschäftigt haben [1]). Indessen, schon wegen des Zusammenhangs mit anderen Theilen des römischen Rechts darf man mit ihr nicht ungestraft in Unbekanntschaft bleiben; man muß sie auch schon deshalb kennen, um zu wissen, was sie nicht gewähren kann; doch sind die Rechtsgrundsätze, die durch sie und mit ihr aufgestellt sind, schon an sich nicht unwichtig, indem sie den Feldbau betreffen und die nachbarlichen Verhältnisse derjenigen, deren Aecker an einander gränzen, dadurch geordnet sind. Wir wollen uns daher nicht durch Lactantius irre machen lassen, der die armen Rechtsgelehrten bemitleidet, daß sie mit einer so geringfügigen Sache, wie das Regenwasser ist, sich zu beschäftigen genöthigt seyen. Die Wissenschaft, die Alles zu ihrem Gebiet rechnen darf, sieht sich freilich bisweilen genöthigt, auch zu geringfügigen Gegenständen sich herabzulassen, wogegen sie zur anderen Zeit sich auch wieder zu den höchsten erheben kann [2]). Aber das Wasser, was die Fluren

[1]) Eine kleine schätzbare Abhandlung über diesen Gegenstand vom Herrn Dr. Schneider in der Zeitschrift für „Civilrecht und Proceß" 5. Band, S. 323 folg. enthält manche gute Bemerkungen.

[2]) Auf ähnliche Art verkehrt den Tadel in Lob der Herausgeber des Gravina, wenn er gegen Lactantius bemerkt: Eo augustior ars videri debebat, quae cum res splendidas minime negligat, etiam ad viliores descendit. *Gravinae* orig. jur. civ. lib. 3. ed. *Mascov.* p. 190.

tränkt und befruchtet und es im Uebermaß auch unfruchtbar machen kann, ist gar ein so geringfügiger Gegenstand nicht. Mevius sahe die Sache von einer ganz anderen Seite an. Er bemerkt: Jus est vicino petendi, ne quid vicinus faciat, vel negligat, per quod cursus vel fluxus deterior seu nocentior reddatur [3]). De hoc agit, setzt er in der Note hinzu, et videri potest totus titulus π. de aqua et aquae pluviae arcendae actione, *sub quo utilissima et in praxi circa aquas servanda reperies*, etsi a paucis recte intellecta. Am Ende kommt es auf das Object auch allein nicht an, man kann auch bei schlechten Gegenständen gute Gedanken haben. Also, nicht wegen des Gegenstandes, aber deshalb verdienen die Rechtsgelehrten bedauert zu werden, daß sie oftmals genöthigt sind, so große Mühe anzuwenden, um einfache Wahrheiten aufs Reine zu bringen, daß diese Mühe oft vergebens angewendet wird, noch öfter mit den gewonnenen Resultaten in gar keinem Verhältniß steht.

Materien dieser Art gehören übrigens zu denjenigen, wobei Klima, Boden und Landes-Art in Betrachtung kommen, die sich zu einheimischen Gesetzen eignen, worüber man keine fremden sich aneignen sollte, wenigstens nicht, ohne sie vorher geprüft zu haben, die man daher durch neue ersetzen und die man wenigstens durchsehen sollte, nachdem man in beiden Fällen diejenigen zu Rathe gezogen, die sich auf den Landbau verstehen, wie er in Deutschland getrieben wird. Indessen will es mir fast scheinen, als wenn der Unterschied zwischen Deutschland und Italien und zwischen Ehemals und Jetzt in dieser Hinsicht doch so groß nicht sey, als man vielleicht glauben mögte, und daß man mit den Grundsätzen des fremden Rechts erträglich zurecht komme, wie man auch bisher gekommen ist.

---

[3]) Mev. P. 9. Dec. 119.

§. 1.

Actio aquae pluviae arcendae.

Diese Klage schreibt sich aus den Gesetzen der XII Tafeln her. Pomponius nennt sie eine *actio legitima* [1]). Es werden aber diejenigen Klagen, die aus den Gesetzen der XII Tafeln herstammen, vorzugsweise *legitimae* genannt [2]). Noch deutlicher gibt dieser Rechtsgelehrte an einer anderen Stelle zu erkennen, daß die Klage durch die Gesetze der XII Tafeln eingeführt sey; er führt nämlich Worte an, von denen er bemerkt, daß die Gesetze der XII Tafeln sich ihrer in Beziehung auf schadende aqua pluvia bedient hätten [3]). J. Gothofredus hat die Worte der XII Tafeln auf folgende Art wieder herzustellen gesucht: Si aqua pluvia manu nocet, praetor arcendae aquae arbitros tres addicito noxaeque domino cavetor.

Mag nun die Quelle des Gesetzes gewesen seyn, welche sie will, mögen die Worte so oder anders gelautet haben, uns kann doch nur an den Rechtssätzen selbst gelegen seyn, die in diesem Titel der Pandekten enthalten sind und die,

---

[1]) L. 22. §. 2. D. h. t.

[2]) *Bachov* ad Treutlerum vol. 2. D. 18. th. 7. lit. B.

[3]) L. 21. D. de statu lib. — — Sic et verba legis XII Tabularum veteres interpretati sunt, *si aqua pluvia nocet*, id est, si nocere poterit.

aus den Schriften der Rechtsgelehrten entlehnt, deutlich zeigen, daß sie aus einem kleinen Stoff ein ziemlich weitläuftiges Gebäude aufzuführen verstanden und daß auch dießmal sie das gute Beste bei der Sache gethan haben.

Der kurze Inhalt des Gesetzes und in der Hauptsache auch des hierher gehörigen Titels der Pandekten geht dahin, daß der eine Nachbar aus Rücksicht auf den andern, dessen Feld in der Nähe seines Grundstücks sich befindet, sich solcher Anlagen auf seinem Grundstück enthalten soll, wodurch das Regenwasser von seiner natürlichen Bahn abgeleitet und nach dem Grundstück des Nachbarn, zum Schaden desselben, hingeleitet wird und daß er nöthigen Falls durch Anstellung der actio aquae pluviae arcendae hieran gehindert werden kann.

Das Object des Gesetzes ist die aqua pluvia und das opus manufactum in agro privato. Unter *aqua pluvia* ist nach Ulpian zu verstehen Wasser, was vom Himmel fällt, mag es nun für sich allein, oder mit anderem Wasser vermischt, schaden [4]). Also Regenwasser ist hier gemeint, es mag nun als reines Regenwasser (aqua coelestis) oder vermischt mit irdischem (aqua terrestris) schaden. In der That ist ja auch, wenn das Regenwasser z. B. in den Bach geflossen ist und ihn zum Ueberfließen gebracht hat, dasselbe dem Nachbarn zwar vermischt mit anderem, aber doch zugeführt oder der Schade durch dieses Regenwasser und zuletzt durch die Anstalt, die ihm die schädliche Rich-

[4]) *L.* 1. *pr. D. h. t.* Si cui aqua pluvia damnum dabit, actione aquae pluviae arcendae avertetur aqua. Aquam pluviam dicimus, quae de coelo cadit, atque imbre excrescit, sive per se haec aqua coelestis noceat, ut Tubero ait, sive cum alia mixta sit.

tung gab, gestiftet worden. Der Nachbar muß zwar dulden, was die natürliche Beschaffenheit des Bodens mit sich bringt. Er muß daher geschehen lassen, daß von dem höheren Grundstück des Nachbarn das Wasser, indem es seinem natürlichen Lauf folgt, auf sein niedriger liegendes abfließt und darf ihm den Eingang nicht versperren [5]). Aber es steht keinem Nachbarn frei, durch Anlagen, die er auf seinem Grundstück macht, zu bewirken, daß der natürliche Lauf des Regenwassers zum Nachtheil des Nachbarn verändert werde. Er kann es zwar auf seinem Grundstück zurückhalten [6]), darf es dem Nachbarn aber nicht zuschicken, ebensowenig wie er das von dem höher liegenden Grundstück des Nachbarn auf sein niedriger liegendes sich ergießende ihm zurückschicken darf [7]). Der Regel nach ist jedes opus manufactum ihm untersagt, wodurch das Wasser, was vom Himmel kömmt, in seinem natürlichen Lauf zum Schaden des Nachbarn gestört wird. Opus manufactum bezeichnet jede Anlage oder Hervorbringung, die nicht von der Natur herrührt, sondern von Menschen, sey es mit der Hand oder durch Werkzeuge, gemacht ist, überhaupt jede Veränderung der Gestalt des Bodens, die nicht von der Natur, sondern von Menschen herrührt; das opus manufactum steht der natura loci oder dem vitio soli entgegen [8]), gleichwie der ager dem Gebäude [9]). Das Grundstück, worauf das schädliche opus gemacht wird, muß ein Feld, ager (gerade kein urbares) [10]), und zwar ein im

---

5) L. 1. §. 22. 23. D. h. t.
6) L. 1. §. 11. D. h. t.
7) L. 1. §. 10. 13. D. h. t.
8) L. 1. §. 1. 10. 14. 15. D. h. t.
9) L. 1. §. 17. D. h. t.
10) *L. 211. D. de Verb. Sign.*

Privateigenthum befindliches seyn [11]). Ebenso muß auch das Grundstück, dem geschadet wird, ein Feld und im Privateigenthum seyn [12]). (Für öffentliche Grundstücke hat die Gesetzgebung ein anderes Mittel in Bereitschaft, wodurch in Hinsicht ihrer vorgesorgt ist, das Interdictum ne quid in loco publico) [13]). Gesetzt also, der Besitzer des einen Ackerstücks erhöht das Erdreich oder wirft einen Damm auf oder erhöht einen vorhandenen oder nimmt sonst irgend eine Veränderung auf seinem Grundstück vor, wodurch der natürliche oder bisherige Lauf des Regenwassers verändert wird, indem es nun auf das Grundstück des Nachbarn sich ergießt, da es ihm vorher nicht oder doch nicht in solcher Menge zugeströmt seyn würde oder mit größerer Heftigkeit, als vorher, oder, da es vorher sich mehr vertheilt haben würde, nun zusammengedrängt auf Einer Stelle überfließt, oder er bewirkt sogar eine Ueberschwemmung auf dem Grundstück des Nachbarn: in allen diesen Fällen findet zur Abwendung dieser Beschwerde die actio aquae pluviae arcendae Statt. Die menschliche Thätigkeit äußert sich dabei nicht bloß im Anlegen oder Hinzufügen, Erschaffen u. s. w., sondern auf die nämliche Weise kann sie sich freilich auch im Zerstören und Wegschaffen äußern. Auch durch Zerstören und Wegnehmen, z. B. durch Abstechen einer Anhöhe, darf der natür-

Fundi appellatione omne aedificium et omnis ager continentur, sed in usu urbana aedificia, aedes, rustica, villae dicuntur. Locus vero sine aedificio, in urbe, area, rure autem ager appellatur. Idemque ager cum aedificio fundus dicitur. S. auch Schneider a. a. O. §. 4.

[11]) L. 3. §. 3. L. 18. pr. D. h. t.

[12]) L. 1. §. 1 et 17. D. h. t. S. jedoch *Westphal* de lib. praed. §. 441.

[13]) Dig. lib. 43. tit. 8.

liche Zustand des Bodens nicht verändert werden, wenn dadurch das Wasser auf das Grundstück des Nachbarn hingeleitet, oder, da es ihm schon bisher und von Natur zufloß, dieß Zuströmen stärker und beschwerlicher gemacht wird [14]). Endlich findet die Klage auch Statt, wenn der Nachbar nicht dulden will, daß das Wasser von dem höheren Grundstück des Nachbarn auf das seinige abfließt, also der natürliche Lauf des Wassers dadurch verändert wird, daß es auf das Grundstück des Nachbarn zurückgedrängt wird [15]).

Der Zweck des Klägers ist überhaupt darauf gerichtet, daß das Wasser von seinem Grundstück abgehalten werde [16]). Zu dem Ende muß der Beklagte, wenn er das schädliche opus gemacht hat oder es machen ließ, es wieder wegschaffen und überhaupt den vorigen Zustand wiederherstellen [17]), also den Grund der Beschwerde aufheben. Hat es ein Anderer gemacht, so muß er dulden, daß der Kläger den vorigen Zustand wiederherstelle (also patientiam tollendi operis gewähren) [18]). Die Klage geht, gleich den beiden Rechtsmitteln, wovon in den beiden nächstvorhergehenden Titeln der Pandecten gehandelt wird, nicht auf den Ersatz eines erlittenen, sondern auf Verhütung eines künftigen Schadens. Damit die Klage Statt finde, wird nur vorausgesetzt, daß die Anlage, von welcher der Schade zu besorgen ist, ge-

[14]) L. 1. §. 22. D. h. t. Es ist also mit dem opus manufactum wie mit dem *opus novum facere*, welches auch geschieht durch Bauen oder Zerstören. *L.* 1. §. 11. *D. de operis novi nunciatione.* Opus novum facere videtur, qui aut aedificando, aut detrahendo aliquid, pristinam faciem operis mutat.

[15]) L. 1. §. 10. 13. D. h. t.

[16]) L. 22. §. 1. D. h. t.

[17]) L. 6. §. 7. D. h. t.

[18]) L. 6. §. 7. D. eod.

macht sey; das *opus* muß, wie der römische Rechtsgelehrte sagt, factum, das dammum aber infectum seyn [19]). Indessen kann sie ohne Zweifel angestellt werden, wenn bereits geschadet ist [20]) und sie wird in diesem Fall um so eher von Erfolg seyn, da die Frage, die sonst entstehen könnte, ob jenes opus schädlich seyn könne, dann durch die That bereits entschieden ist; aber sie geht in diesem Fall doch immer nicht auf Ersatz des gestifteten Schadens, sondern nur auf Verhütung des neuen oder künftigen. Doch gehört es zum Amt des Richters, daß dem Kläger Ersatz des Schadens zuerkannt wird, der sich nach der Litiscontestation ereignet hat [21]). Wegen des Schadens, den der Kläger vor der Litiscontestation erlitten hat, findet nicht diese Klage Statt, wohl aber kann das *interdictum, quod vi aut clam* zu diesem Zweck angewendet werden [22]). Dasselbe geht nämlich nicht bloß auf Wiederherstellung des vorigen Zustandes, sondern auch auf id, quod interest [23]). Gegenwärtig steht kein Hinderniß im Wege, daß nicht beide Klagen mit einander verbunden werden könnten, nämlich soweit das Interdict auf Schadenersatz gerichtet ist, könnte es mit der Klage verbunden werden [24]). Wegen einer Anlage (opus manufactum), die erst nach der Litiscontestation

---

19) L. 1. §. 1. D. h. t. L. 14. § 2. D. eod.

20) s. Schneider a. a. O. §. 3.

21) L. 6. §. 6. D. h. t.

22) *L.* 14. §. 3. *D. h. t.* De eo, quod ante datum est, quod vi aut clam agendum: de eo, quod post sententiam judicis futurum est, damni infecti cavere oportet, vel ita opus restituendum est, ut nullum periculum damni supersit.

23) L. 15. §. 7. 8. 9. 12. D. Quod vi aut clam.

24) Das interdictum, quod vi aut clam, welches L. 14. §. 3. D. De aqua et aqua pluv. arc. act. wegen des Schadens vor der Litiscontestation ohne Unterschied ge-

gemacht ist, muß eine neue Klage angestellt werden [25]), es müßte denn seyn, daß die frühere nicht weggeschafft werden könnte, wenn die spätere nicht zugleich mit weggeschafft wird [26]).

§. 2.

Betrachtungen über die Gesetzgebung.

Man wird fragen, wie es wohl gekommen seyn mag, daß die Gesetzgebung sich nur mit der aqua pluvia beschäftigt hat. Warum soll nur die aqua pluvia dem Nachbarn nicht schaden dürfen? Und müßte man nicht daraus schließen, mit anderem Wasser habe es eine andere Bewandtniß, dessen Lauf dürfe man zum Schaden des Nachbarn verändern? Was frägt aber der Nachbar darnach, woher das Wasser gekommen ist, was ihm zugeschickt wird, er will überhaupt kein Wasser zugeschickt haben. Ohnehin kömmt alles Wasser am Ende aus derselben Quelle. Bald steigt es in Dünsten von der Erde, aus dem Meer auf, bald fällt es aus der Luft, als Regen u. s. w. nieder, um wieder dahin zurückzukehren, woher es gekommen ist. Was soll also der ganze Unterschied zwischen der aqua coelestis und terrestris? Zwar haben die römischen Gesetze diesen

---

währt, kann doch wohl nicht anders angestellt werden, als wenn die Bedingungen desselben vorhanden sind, nämlich vis oder clandestinitas, indem der Nachbar nämlich entweder gegen den Widerspruch des Anderen oder in der Art, daß er aus Furcht vor dem Widerspruch desselben die Handlung verheimlichte, jenes schädliche opus errichtete. L. 1. 2. 3. 4. 5. D. Quod vi aut clam. Die clandestinitas setzt wieder den animus celandi voraus. L. 5. §. 3. D. Quod vi aut clam.

[25]) L. 14. §. 4. D. h. t.

[26]) L. 15. D. h. t.

Unterschied nicht ausdrücklich gemacht, er liegt aber doch in ihnen.

Nun könnte freilich die alte Zeit keinen Tadel verdienen, wenn sie bei ihren Einrichtungen keine Kenntnisse benutzte, die ihr damals noch fehlten. Ohne die entfernteren Ursachen und den Zusammenhang der Dinge erforscht zu haben, sahe sie auf das Naheliegende und machte darnach ihre Gesetze, die sie in diesem Fall doch vielleicht eben so gemacht haben würde, auch wenn sie im Besitz jener Kenntnisse gewesen wäre. Es kann dem Nachbarn sehr schädlich seyn, wenn der Nachbar auf seinem Grundstück Anlagen macht, welche zur Folge haben, daß alle die Feuchtigkeit, die sich durch Regen, Schnee u. s. w. auf dem Acker sammelt, nach dem Grundstück des Nachbarn abfließt. Dieß zu verhüten, ward die actio aquae pluviae arcendae eingeführt. Bei anderen Gewässern findet ein so unmerkliches Abfließen nicht Statt und es würde ein offenbarer Eingriff in das Eigenthum seyn, wenn er z. B. den See oder Teich oder den Bach nach dem Grundstück des Nachbarn hin ableiten wollte. Daß die Gesetze der 12 Tafeln nur von der aqua pluvia handelten, rührte also daher, daß man die Stiftung von Anlagen, welche zur Folge haben, daß das Wasser, was vom Himmel fällt, sich nach der Seite des Nachbarn hin verbreitet, für etwas hielte, was dieser sich an- und für sich würde gefallen lassen müssen, während ein Ableiten schon vorhandenen Gewässers ein offenbarer Eingriff in das Eigenthumsrecht des Anderen seyn und keiner besonderen gesetzlichen Vorsorge bedürfen würde.

§. 3.
Fortsetzung.

Durch Einführung der actio aquae pluviae und die bei Gelegenheit derselben aufgestellten Grundsätze ist das Verhältniß der Nachbarn in Hinsicht auf Anlagen gewisser Art, wieweit Jemand sie machen darf oder sich ihrer enthalten muß, bestimmt. Theils fließen die hier aufgestellten Grundsätze aus der Natur des Eigenthums oder vielmehr beide treffen — ohne Absicht — zusammen, theils wird dieses dadurch eingeschränkt. Doch kommen diese Einschränkungen beiden zu gute; die Rechte, wie die Pflichten, die dadurch entstehen, sind wechselseitige, die dem Einen, wie dem Andern auf dieselbe Art zustehen und obliegen. Eine Ausnahme macht der Grundsatz, daß der Nachbar das Wasser nicht hindern darf, von dem höhern Grundstück des Nachbarn auf sein niedriger liegendes Grundstück abzulaufen; welches nur dem Besitzer des einen, nämlich des höheren, zu gute kommt und dem Anderen bloß lästig ist. Diese Last folgt nicht aus der Natur des Eigenthums und dieß giebt auch schon der Ausdruck: *Servitus* naturalis zu erkennen. Denn, an und für sich, was sollte wohl den Eigenthümer hindern, Anlagen auf seinem Gebiet zu machen, die es dem Wasser verwehren, auf sein Grundstück zu kommen, wodurch dieß Gebiet dem Fremdling versperrt wird. Hat er das Wasser einmal aufgenommen, dann könnte man wohl sagen, dürfe er es dem Nachbarn nicht zurückschicken, der es ihm nicht zugeschickt hat; dieß Zurückschicken würde ein Zuschicken in sich schließen; aber gleich am Eingange könnte er ihm wohl sein Gebiet verschließen. Kann doch der Besitzer des höher liegenden Grundstücks dem Wasser verwehren, zu dem niedriger liegenden Grundstück hinabzu-

steigen, kann er es doch auf seinem Gebiet zurückhalten, warum nicht sollte der andere Nachbar das Wasser von seinem Gebiet abhalten dürfen. Eine Wohlthat, die der Andere ihm entziehen darf, soll er sich wider seinen Willen aufdringen lassen, wenn sie ihm lästig ist? Es scheint, die römischen Rechtsgelehrten sahen das Aufnehmen des Wassers als eine Last an, die dem niedriger liegenden Grundstück durch die Natur selbst aufgebürdet sey, die der Besitzer desselben tragen müsse und sich ihrer nicht nach Willkühr überheben könne. Daher der Ausdruck: Servitus naturalis, die jetzt wohl eigentlich legalis geworden ist.

Aus der Natur des Eigenthums folgt, daß der eine Nachbar dem anderen das Wasser nicht zuschicken dürfe; es folgt daraus, daß er es ihm nicht zurückschicken dürfe. Hingegen, daß er keine Anlagen machen darf, wodurch das Wasser von seinem Gebiet abgehalten wird, was von der Seite des Nachbarn her ihm zufließt, das ist, wie es scheint, nicht Folge der Freiheit, sondern Einschränkung des Eigenthums. Ohne Zweifel gehört es auch zu solchen Einschränkungen, daß er Anlagen gewisser Art machen darf, wodurch dem Nachbarn Wasser zugeschickt wird. Ich rechne hieher diejenigen Fälle, da die Klage ausnahmsweise nicht Statt findet, wovon in der Folge die Rede seyn wird.

§. 4.
Zusammentreffen der actio negatoria mit aquae pluviae arcendae.

Die actio aquae pluviae arcendae beruht wohl nicht gerade auf dem Grundsatz: Ne quid in alienum immittas, auch geht sie theils auf weniger, theils in manchen Fällen über ihn hinaus; aber in den Fällen, da sie Statt findet,

wird sie mit ihm zusammentreffen, wenn auch ihre Urheber sich dessen nicht bewußt gewesen seyn mögen. Ihnen war es nur darum zu thun, zu verhüten, daß Niemand auf seinem Grundstück Anlagen mache, wodurch dem Nachbar geschadet wird, indem der natürliche Lauf des Regenwassers dadurch verändert wird. Aber dieß Schadenleiden ist, hauptsächlich wenigstens, nur dadurch möglich, daß dem Nachbarn Wasser zugeschickt wird, wie ja auch der Ausdruck *arcere* und der angegebene Zweck der Klage [1]) deutlich vor Augen stellt. Wenn also die actio aquae pluviae arcendae Statt findet, so muß zugleich die actio negatoria begründet seyn. Oder, m. a. W., wenn der natürliche Lauf des Regenwassers zum Nachtheil des Nachbarn verändert wird, so schließt dieß ein Immittere und folglich einen Eingriff in das Eigenthumsrecht in sich [2]) und, soweit dieß der Fall ist, steht dem Eigenthümer ein doppeltes Mittel zu Gebot, sein jus prohibendi geltend zu machen, nämlich die actio negatoria neben der actio aquae pluviae arcendae. Aber dieß Zuschicken kann dem Nachbarn auch vortheilhaft seyn und obwohl er es vermöge seines Eigenthums dem Nachbarn unter allen Umständen verwehren kann [3]), wird doch zur Begründung der actio aquae pluviae arcendae vorausgesetzt, daß jenes Zuschicken ihm schädlich seyn müsse [4]). Ueberdieß findet die actio aquae pluviae arcendae nur in gewissen Fällen des Zuschickens und Schadens Statt, nämlich unter Nachbarn, deren Felder an einander gränzen oder

---

[1]) L. 1. pr. L. 22. §. 1. D. h. t.

[2]) L. 8. §. 5. D. Si servitus vind.

[3]) L. 8. §. 5. D. Si serv. vind.

[4]) L. 1. pr. et §. 1. 20. 21. D. h. t. Schneider a. a. O. §. 3.

doch einander nahe liegen, nicht aber bei Gebäuden [5]). Sie hat überhaupt ein enge begränztes Feld, die actio aquae pluviae arcendae, hingegen die actio negatoria keine Schranken. Beide stehen nach Labeo und Cascellius etwa in dem Verhältniß zu einander, wie das Besondere zu dem Allgemeinen.

L. 1. §. 17. *D. h. t.*

Item sciendum est, hanc actionem non alias locum habere, quam si aqua pluvia agro noceat. — Caeterum si aedificio vel oppido noceat, cessat actio ista: agi autem ita poterit, *jus non esse stillicidia flumina immittere.* Et ideo *Labeo* et *Cascellius* aiunt, aquae quidem pluviae arcendae actionem specialem esse: de fluminibus et stillicidiis generalem: et ubique agi ea licere. Itaque aqua quae agro nocet, per aquae pluviae arcendae actionem coercebitur.

Die actio negatoria findet also in allen Fällen Statt, — *et ubique ea agere* licet, sagt der Rechtsgelehrte, — die aquae pluviae arcendae nur in einigen. Aber vorausgesetzt wird freilich dabei, daß die Bedingungen einer jeden vorhanden sind, bei jener das *immittere*, bei dieser das *immittere* und *nocere.*

Die Handlungen oder Unterlassungen, derentwegen mit der actio aquae pluviae arcendae geklagt werden kann, enthalten nicht immer einen Eingriff in das Eigenthumsrecht und dann kann auch die *actio negatoria* nicht Statt finden, z. B. wenn der Nachbar leiden muß, daß wir auf sein

---

5) L. 1. §. 1. 17. 19. D. h. t.

sein Grundstück kommen, um den vorigen Zustand wieder herzustellen — oder, wenn er Gräben auf seinem Gebiet reinigen oder zugeben muß, daß wir sie reinigen [6]).

Auf der anderen Seite kann die Handlung, wovon die Rede ist, einen Eingriff in das Eigenthum enthalten und dabei auch schädlich seyn und es findet so wenig actio aquae pluviae arcendae, als negatoria Statt. Dieß ist immer dann der Fall, wenn der Nachbar zu der Handlung berechtigt, wenn es ihm erlaubt ist, in das Eigenthum des anderen einzugreifen, weil die Handlung z. B. agri colendi causa geschehen ist oder er jure servitutis das Recht dazu erworben hatte.

§. 5.

Fortsetzung.

Der neueste Schriftsteller über diese Materie nimmt an, daß die actio negatoria mit der actio aquae pluviae arcendae concurrirt, wenn die Immission bereits geschehen sey; vor geschehener Immission könne nur mit der actio aquae pluviae arcendae geklagt werden [1]).

Wäre dieß wahr, dann würde ein specieller Fall der Immission vor anderen begünstigt und die Gesetzgebung in diesem Punkt fehlerhaft seyn. Allein, ich zweifle sehr daran. Denn mit der actio confessoria kann geklagt werden, wenn dem Kläger ein jus servitutis zusteht und der Nachbar einen Bau unternimmt, wodurch das Recht des Klägers beeinträchtigt wird. Die Klage findet Statt, obgleich der Beklagte noch nicht gebauet hat.

---

[6]) L. 2. D. h. t. V. 1.

[1]) Schneider a. a. O. §. 3.

L. 9. D. si servitus vind.

Si eo loco per quem iter mihi debetur, tu aedificaveris: possum intendere, *jus mihi esse ire agere;* quod si probavero, inhibebo opus tuum. Item *Julianus* scripsit: si vicinus, in suo aedificando effecerit, ne stillicidium meum reciperet: posse me agere de jure meo, *id est, jus esse immittendi stillicidium:* sicut in via. Sed si quidem nondum aedificavit: sive usum fructum sive viam habet: *jus sibi esse non ire agere, vel frui intendere potest,* quod si jam aedificavit dominus: is, qui iter et actum habet, adhuc potest intendere jus sibi esse: fructuarius autem non potest: quia amisit usum fructum. Et ideo de dolo actionem dandam hoc casu *Julianus* ait. Contra si in itinere, quod per fundum tibi debeo, aedifices: recte intendam *jus tibi non esse aedificare, vel aedificatum habere:* quem admodum si in area mea quid aedifices. §. 1. Qui latiore via vel angustiore usus est, retinet servitutem: sicuti qui aqua, ex qua jus habet utendi, alia mixta usus est, retinet jus suum.

Dieß könnte freilich wohl bedeuten, obgleich er den Bau noch nicht beendigt hat, heißt aber, obgleich er noch nicht angefangen hat, zu bauen. Denn anfangen zu bauen ist auch schon bauen.

Daß mit der actio confessoria geklagt werden könne, obgleich der Gerechtigkeit, die dem Anderen zusteht, noch nicht wirklich entgegen gehandelt ist, erhellet besonders auch aus einer anderen Stelle, woselbst von den nachtheiligen Folgen die Rede ist, die es hat, wenn der Beklagte gegen die in einem solchen Fall angestellte Klage sich nicht ver-

theidigt, zum offenbaren Beweise, daß sie an sich Statt finde [2]).

Was nun von der actio confessoria gilt, dasselbe muß ohne Zweifel auch von der actio negatoria gelten. Denn, wie läßt es sich glauben, daß Eigenthum und Freiheit weniger geschützt und weniger begünstigt werden sollten, als Dienstbarkeit.

Jede Klage gründet sich auf das Recht, was dem Kläger zusteht, und es ist damit die Befugniß verbunden, Andere an der Verletzung des Rechts zu hindern. Bloß auf die Natur der Sache gesehen, sollte nun wohl die wirkliche Verletzung des Rechts abgewartet werden, als welche den Gebrauch jener Befugniß und das Recht zu klagen bedingt, indessen wenn der Beklagte seinen Vorsatz zu erkennen gibt, das Recht zu verletzen, wenn er wohl gar schon die Vorbereitungen und Anstalten dazu macht, so kann es dem Kläger nicht verdacht werden, wenn er den bevorstehenden Schaden lieber von sich abwenden, als ihn erleiden will, wenn er also sein Recht schon jetzt und bei Zeiten bei Gericht zur Sprache bringt, indem er vom Richter begehrt,

---

[2]) *L. 15. D. de novi operis nunc.* Si prius quam aedificatum esset, ageretur, jus vicino non esse aedes altius tollere, nec res ab eo defenderetur, partes judicis non alias futuras fuisse ait, quam ut eum, cum quo ageretur, cavere juberet, *non prius se adificaturum, quam ultro egisset, jus sibi esse altius tollere.* Idemque contrario si cum quis agere vellet, jus sibi esse invito adversario altius tollere, eo non defendente, similiter (inquit) officio judicis continebitur, ut cavere adversarium juberet, *nec opus novum se nuntiaturum, nec aedificanti vim facturum.* — Eaque ratione hactenus is qui rem non defenderet, punietur, ut de jure suo probare nec esse haberet; id enim esse, petitoris partes sustinere.

daß er untersuche und entscheide, ob sein Gegner befugt sey, die Handlung, die er vorhat, vorzunehmen, kurz, wenn er gegen den Anderen klagt, *jus ei non esse, aedificare,* während er, wenn schon gebauet ist, klagen muß, *jus ei non esse, aedificatum habere* [3]).

Besonders kann es in diesem Fall, da der Beklagte in suo ein Werk errichtet hat, was nach Naturgesetzen eine Immission nothwendig zur Folge haben muß, nicht bezweifelt werden, daß er ein wirkliches Eindringen des Wassers nicht abwarten dürfe, sondern auch schon zuvor mit der actio negatoria klagen könne.

§. 6.

Grund der Klage.

Der erwähnte Schriftsteller [1]) behauptet, die Gesetze der 12 Tafeln hätten nur von aqua pluvia gesprochen; durch Interpretation der Rechtsgelehrten sey der Begriff des Regenwassers weiter gefaßt und es begründe jetzt nicht allein aqua, quae de coelo cadit, die Klage, sondern auch jedes andere Wasser, was durch Regengüsse angeschwellt und getrübt sey, überhaupt was durch Zusatz von Regenwasser eine so bedeutende Veränderung erlitten habe, daß es gewissermaßen zu einem ganz anderen Wasser geworden zu seyn scheine. Den Beweis hiefür sollen folgende Stellen des Ulpian liefern.

L. 1. pr. h. t.

Aquam pluviam dicimus, quae de coelo cadit atque imbre excrescit, sive per se haec aqua

---

[3]) *Anton. Faber* Rationalia ad L. 9. D. de serv.

[1]) Schneider a. a. O. §. 1.

coelestis noceat, ut Tubero ait, sive cum alia mixta sit.

§. 15. *eod.*

In summa puto, ita demum aquae pluviae arcendae locum actionem habere, si aqua pluvia vel quae pluvia crescit, noceat, —

§. 16. *eod.*

Imbre autem crescere eam aquam, quae colorem mutat vel increscit [2]).

Die Klage finde hiernach auch Statt bei Bächen und Flüssen; es müsse jedoch die Vereinigung des Regenwassers mit dem Flußwasser bereits Statt gefunden haben. Zwar könne die Klage auch dann angewendet werden, wenn Flußwasser, was noch nicht mit Regenwasser vermischt ist, durch ein opus manu factum immittirt werde; aber alsdann bilde nicht das Flußwasser den Klagegrund, sondern vielmehr das Regenwasser. Dahingegen, wenn einem von Regenwasser schon wirklich angeschwollenen Flusse eine dem nachbarlichen Grundstücke schädliche Richtung gegeben werde,

---

[2]) Fornerius will statt increscit lesen nigrescit. Allein, sagt man wohl im Lateinischen von Wasser, welches getrübt wird, es werde schwarz? Im Deutschen wenigstens würde es nicht angehen. Ueberdieß wäre es ein offenbarer Pleonasmus, wenigstens eine außerordentliche Kleinigkeit, wenn, nachdem schon bemerkt worden, das Wasser müsse getrübt seyn, als wäre dieß noch nicht deutlich genug, hinzugefügt wäre, es müsse schwarz geworden seyn. Endlich gibt ja das increscit einen guten Sinn. Die vorhandene Lesart würde um einer höchst gewagten Vermuthung willen mit einer anderen vertauscht werden, die nichts sagt und einen besseren Sinn verdrängt. Wenigstens kann ich in dieser neuen Lesart das Sinnreiche nicht finden, was Westphal darin findet? *Westphal* de lib. et servit praed. §. 442.

bilde das Flußwasser selbst den Klagegrund. Die scharfe Unterscheidung dieser Fälle sey practisch wichtig. Denn ohne Zweifel sey die Klage sogleich als angebrachter Maßen unstatthaft abzuweisen, wenn der Kläger sein Petitum darauf gebauet habe, daß zu befürchten sey, es werde durch das opus, was der Nachbar errichtet habe, ein vom Regen nicht angeschwellter Fluß auf sein Gebiet hingeleitet werden u. s. w.

Ich bin nicht eben geneigt, diese Meinung in der Hauptsache geradezu für unrichtig zu erklären. Sie scheint mir wenigstens lange nicht so ausgemacht zu seyn, als wie sie hier gegeben wird.

Wenn man die hieher gehörigen Stellen der π. untersucht, sind zwei oder gar drei verschiedene Ansichten über den gegenwärtigen Grund oder die gegenwärtigen Bedingungen der Klage möglich und es ist zweifelhaft, welche die richtige sey. Entweder gehört

1) zur Begründung der Klage Regenwasser, welches von seiner natürlichen Bahn durch Anlagen des Nachbarn abgeleitet, mittelbar (durch Anschwellen anderen Gewässers) oder unmittelbar schadet,

oder,

2) die Klage wird begründet durch alles Gewässer, wenn dieses nur überhaupt Regenwasser in sich aufgenommen hat,

oder,

3) durch alles Wasser ohne Unterschied.

Die erste Meinung ist der ursprünglichen Verordnung der 12 Tafeln am meisten angemessen; die zweite entfernt sich davon sehr und die dritte noch weit mehr.

Für die erste läßt sich Folgendes sagen:

Unter *aqua pluvia* ist auch jetzt nichts Anderes zu verstehen, als Wasser, was vom Himmel fällt, kurz aqua coelestis oder Regenwasser, hingegen ist Wasser, was mit Regenwasser vermischt ist, von der aqua pluvia und der Sphäre des Gesetzes ausgeschlossen. Wenn ein Gesetz von der aqua pluvia als der wirkenden Ursache des Schadens handelt, so ist jedes Wasser ausgeschlossen, was nicht aqua pluvia ist. Da das Gesetz verordnete, der Nachbar dürfe auf seinem Gebiet keine Anlagen machen, wodurch das Regenwasser von seinem Gebiet auf dasjenige der Nachbaren hingeleitet wird, so durften die römischen Rechtsgelehrten hinzusetzen, es mache keinen Unterschied, ob das Regenwasser rein oder vermischt mit anderem auf das Gebiet des Nachbarn sich ergieße. Denn dieß lag in dem Gesetz und sie entwickelten bloß den Sinn, der in den Worten enthalten war. Allein, wie hätten sie sich erlauben dürfen, neben der aqua pluvia dem Gesetz ein zweites Object, nämlich Wasser, was mit Regenwasser vermischt ist, also m. a. W. jedes andere Gewässer, unterzuschieben. Dadurch würden sie alle Gränzen der Auslegung überschritten und durch ein Taschenspielerkunststück das Gesetz weit über den Sinn desselben erweitert haben. Daß dieß die Meinung nicht gewesen sey, geht schon daraus hervor, daß unter jener Voraussetzung der ganze Unterschied zwischen aqua coelestis und terrestris nicht weiter zu beachten und daher Alles, was zur Unterscheidung beider gesagt ist, nur ganz umsonst und ohne Zweck gesagt seyn würde.

Zwar soll nach Schneider das andere Wasser, durch das Hinzutreten des Regenwassers getrübt und angeschwollen, die Natur des Regenwassers angenommen haben, aus gemeinem Wasser in Regenwasser verwandelt seyn; allein

so wenig dergleichen Ideen denjenigen, der mit dem römischen Recht vertraut ist, in anderen Fällen befremden würden, hier wenigstens sind sie nicht in Betrachtung gekommen. Nicht nur findet sich von einer solchen, von den römischen Rechtsgelehrten angenommenen, Verwandlung nicht die geringste Spur, sondern es würde auch, wenn hier ja eine Verwandlung Statt finden sollte, die aqua coelestis sich viel eher in aqua terrestris verwandelt haben, als umgekehrt, die aqua terrestris in coelestis; indem nämlich die Natur des irdischen Wassers, wenigstens in den allermeisten Fällen, immer überwiegend bleiben würde; ja man kann sogar sagen, diese Verwandlung habe insofern wirklich Statt gefunden, als jenes Wasser durch das Herabfallen vom Himmel nun der Erde angehört.

Die Klage findet allerdings auch bei Flüssen und Bächen Statt und überhaupt bei allem fließenden und stehenden Gewässer, als Sümpfen; dieß gebe ich zu, ja dieß leidet nicht den geringsten Zweifel [3]). Aber der eigentliche Vorwurf des Gesetzes ist und bleibt immer die *aqua pluvia* oder das Wasser, was vom Himmel fällt — worunter wohl nicht bloß das eigentliche Regenwasser zu verstehen ist, sondern überhaupt alle Feuchtigkeit, die, von der Atmosphäre ausgeschieden, in verschiedenen Gestalten, als Thau, Hagel, Schnee und Reif und Regen sich zur Erde herab-

---

[3]) Es lassen sich folgende Stellen dafür anführen: L. 1. §. 2. D. h. t. L. 2. §. 9. D. h. t. L. 3. §. 2. D. h. t. Daß die Klage auch bei Bächen Statt finde, erhellet besonders aus L. 1. §. 18 D. h. t. Denn nach dieser Stelle kommt es nicht darauf an, woher das Wasser seinen Ursprung nimmt, sondern über wessen Grundstück es läuft. Wenn dieser es auf das Grundstück des Nachbarn hinleitet, findet die Klage Statt, obgleich es bei ihm nicht entsprungen ist.

senkt — und der durch diese *aqua pluvia* zu stiftende und abzuwehrende Schade. Wenn daher auch bei anderem Gewässer, außer Regenbächen, die Klage Statt findet, so ist dieß doch nur in so weit möglich, als sie Regenwasser — was ohne jenes opus ihnen nicht beigemischt wäre — mit sich führen und durch dieses Regenwasser geschadet wird, der Schade wenigstens ohne das Hinzutreten des Regenwassers nicht entstanden und für die Zukunft zu besorgen, z. B. der Teich nicht übergetreten und für die Zukunft dieß Uebertreten zu besorgen wäre. Soll die actio aquae pluviae arcendae Statt finden, so muß dem Anderen aqua coelestis zuströmen, entweder rein oder vermischt, z. B. aus dem durch Regenwasser angeschwollenen und ausgetretenen Teich oder mit dem Bach, in den es sich gesammelt oder ergossen hat. Kurz, die Anlage muß die Ursache seyn, daß Regenwasser nach der Seite des Nachbarn geflossen ist und dieses Regenwasser muß ihm Schaden verursachen oder ihn für jetzt damit bedrohen. Die aqua coelestis ist die nächste Ursache des Schadens, das opus die entferntere und wer die Anlage gemacht hat, auf dessen Rechnung kommen beide. Das andere Wasser aber, was kein Regenwasser ist, erscheint als etwas, wodurch die Schadensstiftung vermittelt wird, die durch das Regenwasser geschieht.

Der Titel der π., der von der actio aquae pluviae handelt, hebt gleich damit an: si cui *aqua pluvia* damnum dabit, actione aquae pluviae arcendae avertetur aqua. Der Rechtsgelehrte setzt sodann hinzu: Aquam pluviam dicimus, quae de coelo cadit, atque imbre excrescit: sive per se *haec aqua coelestis* noceat, ut Tubero

ait, sive cum alia mixta sit [4]). Man bemerke, wie hier immer die *aqua pluvia* als die wirkende Ursache des Schadens erscheint. Und ferner lehrt derselbe Rechtsgelehrte, nämlich Ulpian: Item sciendum est, hanc actionem non alias locum habere, quam si *aqua pluvia* agro noceat. Caeterum si aedificio vel oppido noceat, cessat actio ista etc. [5]). Und weiter heißt es: Sicut autem *opus factum, ut aqua pluvia mihi noceat*, in hanc actionem venit etc. Diese Worte drücken die Bedingungen der Klage kurz und bestimmt und vollständig aus: Es muß durch ein errichtetes Werk bewirkt seyn, daß Regenwasser mir schadet, z. B. der Teich durch Regengüsse angeschwellt, übertritt, und sich auf mein Feld ergießt. Es heißt zwar kurz vorher: In summa puto, ita demum aquae pluviae arcendae locum actionem habere, *si aqua pluvia vel quae pluvia crescit*, noceat, non naturaliter, sed opere facto etc., und so scheint es, daß zweierlei schadendes Gewässer die Klage begründet, nämlich Regenwasser und anderes Gewässer, was Regenwasser in sich aufgenommen hat; allein, wenn man sich nicht durch den ersten Anschein blenden läßt, ist es immer dasselbe Wasser, dessen schädlicher Einfluß in Betrachtung kommt, nämlich das Regenwasser, was bald rein, bald vermischt mit anderem schadet, indem es z. B. durch sein Hinzutreten den Bach zum Ueberfließen bringt, der sonst gar nicht oder doch nicht in solchem Grade geschadet haben würde. Dieß wird auch besonders durch folgende Aeußerung des Ulpian bestätigt:

---

4) L. 1. pr. D. h. t. | 5) L. 1. §. 17. D. h. t.

L. 1. §. 2. *D. h. t.*

Neratius scribit, opus, quod quis fecit, ut aquam excluderet, quae exundante palude in agrum ejus refluere solet, *si ea palus aqua pluvia ampliatur eaque aqua*, repulsa eo opere, *agris vicini noceat*, aquae pluviae actione cogetur tollere.

Daß der Bach Regenwasser in sich aufgenommen habe, erkennt man daran, daß er die Farbe verändert hat oder merklich angeschwollen ist. Dieß scheint mir der Sinn jener bereits oben angeführten Worte des Ulpian zu seyn: Imbre autem crescere eam aquam, quae colorem mutat vel increscit.

Bestätigt wird es ferner dadurch, daß unter anderen warme Quellen — Thermae — oder, wie es in der hieher gehörigen Stelle der π. heißt, *aquae fluentes calidae* — die Klage nach Ulpian nicht begründen und insonderheit wird es bestätigt durch den Grund, warum nicht, und der einfach darin besteht, sie sind das nicht, was zur Begründung der Klage nothwendig erforderlich ist, Regenwasser.

L. 2. §. 1. *D. h. t.*

Trebatius putat, eum, cui aquae fluentes calidae nocent, aquae pluviae arcendae cum vicino agere posse: quod verum non est; *neque enim aquae calidae aquae pluviae sunt* [6]).

Bei allem dem ist es doch möglich, daß die oben erwähnte zweite Meinung richtig ist und folglich die Klage ein doppeltes Object hat, nämlich außer dem Wasser, was

---

[6]) Von aquis calidis handeln auch noch folgende Stellen: L. 1. §. 13. D. de aqua cottidiana L. 3. §. 4. D. de rivis.

vom Himmel fällt, auch jedes andere, welches Wasser dieser Art in sich aufgenommen hat, sehr möglich; die von Schneider angeführte Stelle des Ulpian und die darin vorkommenden Worte:

si aqua pluvia vel quae pluvia crescit,

wenn sie sich gleich auf andere Art erklären lassen, sind zunächst seiner Meinung günstig und sie erhält durch die von ihm angeführte Stelle des Cicero ein besonderes Gewicht [7]). Dagegen ist aber wieder zu bedenken, wenn man die Stelle im Zusammenhange betrachtet, daß vorher wohl von einem durch hineingeführtes Regenwasser übergetretenen und dadurch schädlich gewordenen Sumpf, aber nicht von jedem Gewässer, was einmal Regenwasser in sich aufgenommen, von keinem zweiten Object die Rede gewesen war und hier doch nur der Inhalt des Vorhergehenden wiederholt und durch das *In summa* in kurzem Inbegriff noch einmal vorübergeführt werden sollte, und so ist es noch immer sehr die Frage, ob jene zweite Meinung in die Pandecten übergegangen und als die vom Gesetz gebilligte anzusehen ist; man müßte denn sagen und beweisen können, daß die Lesart in den Anfangsworten des Titels:

Aquam pluviam dicimus, quae de coelo cadit, atque imbre excrescit: sive, per se haec aqua coelestis noceat, ut Tubero ait, sive cum alia mixta sit,

verderbt sey. Vielleicht haben die Worte:

atque imbre excrescit

7) Die Stelle lautet so: Si aquam pluviam eam modo intelligeremus, quam imbri collectam videremus, veniret Mucius, qui, quia conjugata essent pluvia et pluendo, diceret omnem aquam oportere arceri, quae pluendo crevisset; *Cic.* topica cap. 9.

ursprünglich so gelautet:

et quae imbre excrescit.

Diese Veränderung paßt indessen nicht zu dem Folgenden:

sive per se haec aqua coelestis noceat sive cum alia mixta sit.

Es sehen aber jene Worte, wie sie auch gelautet haben mögen, *atque* oder *et quae imbre excrescit*, sehr darnach aus, als ob sie eingeschoben wären. Die Basiliken haben sie als einen müßigen Zusatz hinweggelassen — und in dem ganzen hieher gehörigen Titel derselben findet sich von einem zweiten Object der Klage, außer der aqua pluvia, auch nicht die Spur [8]).

Nimmt man diese zweite Meinung dennoch für richtig an, so findet die Klage nicht bloß Statt, wenn der Nachbar Anlagen macht, wodurch dem Grundstück des Nachbarn Regenwasser zugeführt wird, sondern auch, wenn er Anlagen macht, wodurch ein Bach u. s. w. auf das Grundstück des Nachbarn hingeleitet wird, welcher einmal Regenwasser in nicht unbeträchtlicher Menge in sich aufgenommen hat, und es muß in einzelnen Fällen untersucht werden, ob dieser hingeleitete Bach u. s. w. durch Regengüsse einmal getrübt oder angeschwellt ist. Zur Ehre der römischen Rechtsgelehrten wäre zu wünschen, daß diese Auslegung unrichtig wäre.

Einige der römischen Rechtsgelehrten scheinen die Klage bei allem Gewässer ohne Unterschied zugelassen zu haben und das könnte wieder zur Bestätigung jener zweiten Meinung dienen. Wie soll man sich sonst z. B. folgende Stelle

---

[8]) Bas. lib. 58. tit. 13.

erklären, worin der Rechtsgelehrte die Klage zwar verwirft, wenn der Nachbar das Feld, was er nur einmal im Jahr zu bewässern pflegte, zur Wiese macht und nun dem Nachbarn durch beständiges Bewässern dieser Wiese schadet, sie aber zuläßt, wenn er das Land eben macht und dadurch bewirkt, daß das Wasser mit größerer Schnelligkeit ihm zuströmt. Die Bewässerung der Wiesen geschah dadurch, daß Bergströme oder Bäche auf die Wiese hingeleitet wurden und der Rechtsgelehrte unterscheidet nicht, welche Art von Wasser sie mit sich führen.

L. 3. § 2. *D. h. t.*

Si vicinus, qui arvum solebat certo tempore anni rigare, pratum illic fecerit, coeperitque assidua irrigatione vicino nocere, ait Ofilius, neque damni infecti, neque aquae pluviae arcendae actione eum teneri: nisi locum complanavit, eoque facto citatior aqua ad vicinum pervenire coepit [9]).

Diese und andere Stellen, welche die Klage bei Bächen, Teichen u. s. w. ohne weiteren Unterschied zulassen, müssen nun freilich, um sie mit den übrigen in Einklang zu bringen, von solchem Gewässer verstanden werden, was aqua pluvia mit sich führt. Aber daraus folgt freilich noch nicht, daß auch ihre Verfasser dieß gedacht haben.

---

[9]) Die Stelle beweis't, daß in dieser Sphäre der Ausdruck *ager* nicht gerade ein urbares Feld, sondern überhaupt eine von Gebäuden leere Fläche bedeute.

§. 7.

Von den Fällen, da die Klage ausnahmsweise nicht Statt findet.

Die Klage fällt in manchen Fällen, die unter der Regel enthalten seyn würden, ausnahmsweise weg. Dahin gehört namentlich:

1) wenn das schädliche opus manufactum mit unserer Einwilligung errichtet oder das uns nützliche opus manufactum mit unserer Einwilligung zerstört ist. Dabei scheint bloßes Wissen und Dulden schon für Einwilligung zu gelten [1]). Und eben daher mag es wohl rühren, daß hier von dem Interdicto quod vi aut clam als einem, in Fällen dieser Art, zum Behuf zu erlangender Entschädigung, simpliciter Statt findenden Rechtsmittel geredet wird; nämlich hat der Nachbar widersprochen und die Anlage ist ungeachtet dessen gemacht oder zerstört, so hat der Andere schon dadurch vi gehandelt; hat jener nicht widersprochen, so findet gar keine Klage Statt. Es wäre freilich noch ein dritter Fall möglich, nämlich daß er nichts von dem Vorhaben des Anderen erfahren, ohne daß dieser es doch verheimlicht hätte. — Die Einwilligung muß übrigens nicht aus Irrthum oder Unerfahrenheit ertheilt seyn [2]). —

---

[1]) *L.* 19. *D. h. t.* Labeo ait, si patiente vicino opus faciam, ex quo ei aqua pluvia noceat, non teneri me actione aquae pluviae arcendae.

[2]) *L.* 19. *D. h. t.* Labeo ait, si patiente vicino opus faciam, ex quo ei aqua pluvia noceat, non teneri me actione aquae pluviae arcendae. *L.* 20. *eod.* Sed hoc ita si non per errorem aut imperitiam deceptus fuerit. Nulla enim voluntas errantis est.

2) wenn jenes opus manufactum schon über Menschendenken vorhanden gewesen ist[3]). Der Ausdruck, dessen sich das römische Recht hier bedient, ist *vetustas.* Vetustas ist eine unvordenkliche Zeit, cujus initium superat hominum memoriam[4]). Doch kömmt der Ausdruck nicht gerade immer in dieser Bedeutung, sondern auch in Beziehung auf die praescriptio definita vor[5]);

3) wenn dem Nachbarn, vermöge einer von ihm erworbenen Gerechtigkeit (servitus), die Befugniß zusteht, das Wasser auf unser Gebiet abzuleiten[6]);

4) wenn die Anlage, welche errichtet ist, zu den gewöhnlichen zur Gewinnung von Früchten nöthigen Geschäften des Landmanns gehört. Von dieser Ausnahme soll jetzt ausführlich gehandelt werden.

§. 8.

Andere Ausnahmen von der gesetzlichen Regel. Anlagen, welche agri colendi causa gemacht sind.

Es gibt gewisse Anlagen, die ihrer Art und Beschaffenheit wegen von der Regel ausgenommen sind, so daß sie dem Nachbar erlaubt sind, obgleich das Wasser dadurch von seiner natürlichen Bahn zum Schaden des Nachbarn abgeleitet wird.

Die römischen Rechtsgelehrten fühlten es wohl, daß jene Regel, welche durch die Gesetze der **XII** Tafeln in Ansehung der aqua pluvia aufgestellt war, nicht so weit ausge-

[3]) L. 2. §. 3. D. h. t.

[4]) L. 2. pr. et §. 1. D. h. t. *Galvan.* de usufructu cap. 12. §. 8.

[5]) Z. B. L. 1. §. fin. D. h. t. *Krefs* de natura vetustatis c. 2. §. 2.

[6]) L. 2. §. 10. D. h. t.

gedehnt werden dürfe, daß dadurch der Landbau gestört und der Besitzer an der Benutzung seines Grundstücks gehindert werden dürfe. Sie fühlten es wohl, daß die gesetzliche Regel hier einer Einschränkung bedürftig sey und waren nur darüber nicht einig, wie sie lauten müsse.

Quintus Mucius nahm an, Alles sey ausgenommen, was zur Bestellung des Feldes — agri colendi causa — mit dem Pfluge gemacht sey; Trebatius, mit ihm sonst einverstanden, meinte nur, es müsse nicht heißen, *agri colendi*, sondern *frumenti duntaxat quaerendi causa* [1]). Zu dem, was agri colendi causa zu machen erlaubt sey, gehört nach Mucius namentlich das Ziehen der Gräben zur Abtrocknung des Ackers; doch, setzt er hinzu, sey es nicht erlaubt, Wasser in Gräben zusammen zu leiten [2]). Selbst Wasserfurchen dürfe Jemand nur ziehen, wenn er ohne sie nicht säen oder pflügen könne [3]). Die Schüler des Servius lehrten, selbst das Anpflanzen von Weidengebüsch sey uns nicht erlaubt, wenn dadurch das Wasser, was von der Seite des Nachbarn herkommt, am Abfließen auf unser Gebiet gehindert werde [4]). Sabinus

---

[1]) L. 1. §. 3. D. h. t.

[2]) L. 1. §. 4. eod.

[3]) L. 1. §. 5. eod.

[4]) *L.* 1. §. 6. *eod.* Sed apud Servii auctores relatum est, si quis salicta posuerit, et ob hoc aqua restagnaret, aquae pluviae arcendae agi posse, si ea aqua vicino noceret. Die gewöhnliche sinnlose Lesart: Servii auctores ist ohne Zweifel falsch und es muß heißen: Servii *auditores.* Die Schriften der Schüler des Servius waren nämlich zusammen herausgegeben und werden hier unter diesem Titel angeführt S. L. 2. §. 44 D. de origine juris. S. auch *Bynkershoek* obs. lib. 8. cap. 1. p. 281. Die gewöhnliche Lesart vertheidigt *Westphal* de lib. et serv. praed. sect. 2. cap. 1. §. 41. Nota c.

und Cassius begnügten sich damit, die Regel aufzustellen, wie jedes opus manufactum die Klage begründe, nisi si quid agri colendi causa fiat [5]). Nachdem Ulpian alle diese verschiedenen Meinungen über die zu machende Einschränkung, nebst einigen anderen über die Regel u. s. w. aufgeführt hat, äußert er selbst sich folgendermaßen:

In summa puto, ita demum aquae pluviae arcendae locum actionem habere, si aqua pluvia, vel quae pluvia crescit, noceat, non naturaliter, sed opere facto: nisi si agri colendi causa id factum sit [6]).

Das ist nun aber ein sehr unbestimmter Ausdruck, unter dem man sich gar mancherlei denken kann und der bald mehr und bald weniger begreift, als Ulpian wahrscheinlich sagen wollte. Von vielen Anlagen, die der Besitzer macht, wird man sagen können, sie sind agri colendi causa gemacht und dennoch nicht erlaubt, und andere sind erlaubt, wiewohl sie nicht agri colendi causa gemacht sind. Von jedem Damm, den der Besitzer aufführt, um das Wasser abzuleiten oder sein Gebiet dagegen zu versperren, wird man sagen können, er sey agri colendi causa aufgeführt, und wenn er die Wiese bewässert, wird man es nicht sagen können.

Ich würde glauben, daß überhaupt alle die gewöhnlichen Handlungen des Landmanns, welche nach Verschiedenheit der Fruchtarten nöthig sind, um dem Boden Früchte abzugewinnen, erlaubt seyn müssen, und Labeo war in dieser Hinsicht mehr auf dem rechten Wege, als Ulpian [7]).

---

[5]) L. 1. §. 8. D. eod.

[6]) L. 1. §. 15. D. eod.

[7]) *L. 1. §. 7. D. eod.* Labeo etiam scribit ea, quaecunque fru-

Wir haben oben gesehen, daß die Klage nicht Statt findet gegen den Nachbarn, der die Wiese bewässert [8]). Aus welchem andern Grunde spricht hier Ofilius dem Nachbarn die Klage gegen den Nachbarn ab, als weil die Bewässerung bei einer Wiese eine gewöhnliche Handlung ist, sie fruchtbar zu machen? Zwar legt die Glosse ein besonderes Gewicht darauf, daß der Nachbar die Wiese, als sie noch Feld war, alle Jahre einmal zu bewässern pflegte und meint, dieß sey jure servitutis geschehen und nach der Verwandlung des Feldes in Wiese habe der Nachbar dem Nachbarn nicht mehr Wasser zugeschickt, wie vorher, sondern nur öfter; allein das sind willkührliche Voraussetzungen, die sich auf nichts gründen. Wo ist wohl in der Stelle selbst mit einer Sylbe angedeutet, daß der Besitzer der Wiese das Recht der Bewässerung durch ein jus servitutis erworben habe. Dieß Recht stand ihm von selbst zu und er pflegte nur einmal im Jahr Gebrauch davon zu machen, welches hier wohl nur deshalb bemerkt wird, um dadurch anzudeuten, daß ihn dieß nicht hinderte, was er früher einmal im Jahr gethan hatte, späterhin alle Tage zu thun. Mit der Veränderung der Benutzung veränderten sich auch die Maßregeln, die zum Behuf der Benutzung nöthig waren. Die Wiese erfordert mehr Nässe, wie das Feld. Wäre die Bewässerung eine Maßregel gewesen, die dem Eigenthümer nicht schon vermöge seines Eigenthums zustand, wäre sie eine Gerechtigkeit gewesen, die von ihm erst besonders erworben werden mußte, so würde es dem Eigenthümer nicht

---

gum fructuumque recipiendorum causa fiunt, extra hanc esse causam, neque referre, quorum fructuum percipiendorum causa id opus fiat.

[8]) L. 3. §. 2. D. eod.

erlaubt gewesen seyn, sie über ihre Gränzen nach Belieben auszudehnen und sie nach Willkühr für den Verpflichteten lästiger und drückender zu machen, als sie ursprünglich war. Man bemerke übrigens, wie sorgfältig der Rechtsgelehrte unterscheidet zwischen dem Bewässern und dem Ebnen der Wiese. Der Eigenthümer durfte zum Nachtheil des Nachbarn die Wiese bewässern, denn dieß gehörte zur gewöhnlichen Bewirthschaftung der Wiese, er durfte sie aber nicht zum Nachtheil des Nachbarn ebnen, denn dieß ist eine ungewöhnliche Maßregel, die ihm die Benutzung der Wiese allenfalls nur erleichterte.

§. 9.

Von Furchen, Wasserfurchen und Gräben.

Ich stelle Wasserfurchen und Gräben hier zusammen. Denn was sind Wasserfurchen anders, als kleine Gräben, die mit dem Pfluge u. s. w. gemacht sind.

Diese Wasserfurchen kommen bei Feldern, die mit Sommerkorn besäet sind, selten, hingegen bei solchen, die mit Wintergetraide, ganz gewöhnlich vor und sind nicht den Grundsätzen einer guten Ackerwirthschaft zuwider, sondern vielmehr höchst nöthig. Die gewöhnlichen Wasserfurchen laufen mit den übrigen in gleicher Linie und diese sind dazu bestimmt, damit das Wasser sich in ihnen sammele; neben ihnen oder den s. g. Längsfurchen gibt es aber auch Querfurchen, welche die übrigen durchschneiden und das Wasser aus den anderen in sich aufnehmen und abführen, z. B. in einen in der Nähe befindlichen Graben [1]).

[1]) Diese Querfurchen sollen nach Westphal (de lib. et serv. praed. §. 41. Note k.) der Saat schaden und ein guter Landmann sie nicht machen.

Wollte man die Regel: In suo cuique hactenus facere licet, ne quid in alienum immittat [2]), und die Grundsätze der actio aquae pluviae arcendae in ihrer ganzen Strenge zur Anwendung bringen, so würde es dem Eigenthümer selbst nicht erlaubt seyn, Furchen und namentlich Wasserfurchen und besonders Querfurchen zu ziehen, wenn dadurch dem Nachbarn Wasser zugeführt wird und die actio aquae pluviae arcendae würde Statt finden, wenn ihm dadurch geschadet wird. Durch die Anwendung solcher strengen Grundsätze würde aber der Eigenthümer in der Benutzung seines Grundstückes zu sehr eingeschränkt und der Landbau auf eine unerträgliche Art belästigt werden. Sehen wir also, wie das römische Recht diese Klippe zu vermeiden gesucht hat. Aber das ist nicht so ganz leicht zu sagen, als es bei einer so einfachen und alltäglichen Sache seyn sollte.

Es gehören hieher folgende Stellen:

1. *L.* 1. §. 4. *D. h. t.*

Sed et fossas agrorum siccandorum causa factas, Mucius ait fundi colendi causa fieri: non tamen oportere corrivandae aquae causa fieri. Sic enim debere quem meliorem agrum suum facere, ne vicini deteriorem faciat.

§. 5. *eod.*

Sed et si quis arare et serere possit etiam sine sulcis, aquariis teneri eum, si quid ex his, licet agri colendi causa, videatur fecisse. Quod si aliter serere non possit, nisi sulcos aquarios fecerit, non teneri. Ofilius autem ait, sulcos

---

[2]) L. 8. §. 5. D. si serv. vind.

agri colendi causa directos ita, ut in unam pergant partem, jus esse facere.

2. *L.* 1. §. 9. *D. h. t.*

Sulcos tamen aquarios qui ἔλικες appellantur, si quis faciat, aquae pluviae actione eum teneri ait.

3. *L.* 24. *pr. D. h. t.*

Vicinus loci superioris pratum ita arabat, ut per sulcos, itemque porcas aqua ad inferiorem veniret. Quaesitum est, an per arbitrum aquae pluviae arcendae possit cogi, ut in alteram partem araret, ne sulci in ejus agrum spectarent? Respondit non posse eum facere, quo minus agrum vicinus, quemadmodum vellet, araret [3].

§. 1. *eod.*

Sed si quos sulcos transversos aquarios faceret, per quos in ejus agrum aqua deflueret, hosce ut operiret, per arbitrum aquae pluviae arcendae posse cogere.

§. 2. *eod.*

Sed et si fossas fecisset, ex quibus aqua pluvia posset nocere, arbitrum, *si appareat futurum ut aqua pluvia noceret*, cogere oportere fossas eum explere: et, nisi faceret, condemnare: ta-

---

[3]) Was *Porca* bedeute, ist ungewiß. Nach Varro ist es der Erdaufwurf, der zwischen den Furchen durch das Pflügen entsteht; und diese Bedeutung scheint es auch hier zu haben. *Varro* de re rustica lib. I. cap. 29. Diese Erklärung wird von Festus gebilligt, der aber an einer anderen Stelle das Wort wieder anders erklärt, indem es darnach Furchen oder eine Art von Furchen bedeuten würde. Alle hieher gehörigen Stellen bei Brisson unter dem Wort: Porca.

metsi, antequam adjudicaret, aqua per fossas nunquam fluxisset.

Da diese Stellen einander zum Theil zu unterstützen, zum Theil sich einander zu bekämpfen scheinen, so ist die Aufgabe, aus den verschiedenen Meinungen der Rechtsgelehrten, die hier ohne Rücksicht auf einander und durch einander reden, das herauszufinden, was über diesen Punkt als das geltende Recht zu betrachten ist.

Sabinus und Cassius scheinen dem Eigenthümer das Recht, Wasserfurchen zu ziehen, überhaupt abzusprechen, wenn dadurch dem Nachbarn Wasser zugeführt oder geschadet wird; denn, nach ihnen, findet in solchen Fällen die actio aquae pluviae arcendae Statt. Mucius hingegen unterscheidet, ob der Eigenthümer ohne Wasserfurchen säen und pflügen könne oder nicht; im ersteren Falle sey es ihm nicht erlaubt, sie zu ziehen, wohl aber im letzteren. Ofilius scheint Furchen einer gewissen Art ohne weiteren Unterschied zuzulassen. Alfenus endlich verwirft, wie es scheint, nur Querfurchen.

Indessen lassen sich diese Stellen mit einander vereinigen.

Vermöge des Grundsatzes, daß der Eigenthümer die gewöhnlichen zum Landbau erforderlichen Handlungen vornehmen darf, ist es ihm erlaubt, Furchen, wie und an welchen Stellen er will, zu ziehen, sollte es dem Nachbarn auch schaden und diesem Wasser dadurch zugeführt werden. Alfenus lehrt ausdrücklich, er dürfe, auch mit dem Schaden des Anderen, überall den Pflug gehen lassen, wie es ihm gefällt. Hiermit bezieht es sich auf gewöhnliche Furchen und von diesen handelt auch Ofilius, welcher lehrt, der Eigenthümer dürfe die Furchen so ziehen, daß

sie alle nach der einen Seite gehen. Selbst Wasserfurchen darf er ziehen, lehrt Mucius, wenn er ohne sie das Feld nicht bestellen kann; nur Querfurchen, wodurch das Wasser nach dem Acker des Nachbarn abgeleitet wird, zu ziehen, ist ihm, nach Alfenus, nicht erlaubt. Dieß ist also eine Ausnahme von der Ausnahme, mithin eine Rückkehr zur Regel.

Zwar scheint es, daß er nach Sabinus überhaupt keine Wasserfurchen ziehen dürfe. Allein dem steht der von Ulpian durch sein: In summa etc. gebilligte Ausspruch des Mucius entgegen, der sie zuläßt, und des Alfenus, der nur die Querfurchen ausnimmt. Vielleicht hatte Sabinus auch nur diese Art der Wasserfurchen im Sinne [4]. Vielleicht hat der Rechtsgelehrte sagen wollen, nicht etwa: Wasserfurchen, welche die Griechen ἔλικες nennen — wozu diese unnütze Sprachbemerkung? — sondern: diejenige Art der Wasserfurchen, welche die Griechen ἔλικες nennen, dürfen nicht gezogen werden. Nach Festus sind *elices* sulci aquarii, per quos aqua collecta educitur e liris. Diese Beschreibung und die Etymologie von elicere passen auf die sulcos aquarios *transversos*, wovon Alfenus spricht, und man darf nur die Vermuthung hinzuthun, daß Sabinus ein ehrliches lateinisches Wort

[4]) Ein griechisches Wort, wie er es anführt, ἔλικες gibt es nicht; Columella braucht es wie ein lateinisches; Colum. de re rustica lib. 2. cap. 8. lib. 9. cap. 2. Und das ist es auch. *Menagii* amoenitat. jur. civ. c. 41. p. 411. *Servii* ad Virgil. Georg. 1. v. 109. *Brisson.* h. v. Die Wasserfurchen heißen im Griechischen ὑδραύλακες. So liest auch Halander und die Rehdiger'sche Handschrift der π. unterstützt diese Leseart.

für ein griechisches gehalten habe, so ist Alles in der Ordnung. Wenn es nun schon nicht erlaubt ist, Wasserfurchen zu ziehen, wodurch das Wasser nach der Seite des Nachbarn abgeleitet wird, so kann es noch weniger erlaubt seyn, dergleichen Gräben zu ziehen, wie ja auch Mucius behauptet, indem er hinzusetzt, man dürfe seinen Acker zwar verbessern, nur nicht mit dem Schaden des Nachbarn [5]), und Alfenus bestätigt [6]).

Es ist also dem Nachbarn zwar erlaubt, auch selbst mit dem Schaden des Nachbarn, Wasserfurchen zu ziehen, doch Querfurchen, und noch weniger Gräben, darf er nicht ziehen, wenn dadurch dem Nachbarn geschadet, ihm Wasser zugeführt wird [7]). (Außerdem kann er freilich Wasser- und Querfurchen und Gräben ziehen, so viel er will.) Die Querfurchen sind es auch nur, wodurch das Wasser abgeleitet wird. Indessen wegen der Lage des Ackers oder Beschaffenheit des Bodens ist es doch bisweilen der Fall, daß auch die s. g. Längsfurchen das Wasser ableiten und zu dem Ende nach der Gränze hin eine Oeffnung haben, wodurch sie das Wasser unmittelbar abführen, z. B. in einen in der Nähe befindlichen Graben.

Wenn man von dem Standpunkt des Gesetzgebers die Sache betrachtet, sollte hier billig kein Unterschied seyn zwischen Quer- und Längsfurchen, sondern zwischen solchen, wodurch das Was-

---

[5]) L. 1. §. 4. D. h. t.

[6]) L. 24. §. 2. D. h. t.

[7]) Mit Recht hoben daher die Leipziger Schöffen ein Urtheil wieder auf, wodurch ein Nachbar, welcher dem Nachbarn das Ziehen von Querfurchen verwehren wollte, mit seiner Klage abgewiesen worden war, und fanden die Klage vielmehr gegründet. *Winckler* diss. de act. aquae pluv. arc. p. 38. 39.

ser nach der Seite des Nachbarn hin abgeleitet wird, und anderen, bei denen dieß nicht der Fall ist. Zwar die Querfurchen, welche bestimmt sind, das Wasser aus den übrigen aufzunehmen und abzuführen, sind viel tiefer und breiter, als diese, und nähern sich mehr der Natur der eigentlichen Gräben; die Belästigung, die durch sie dem Nachbarn widerfahren kann, ist also ungleich größer; und daraus folgt dann, daß zwischen beiden eine Verschiedenheit ist, welche in Betrachtung kommen und dem Gesetzgeber, zwischen beiden zu unterscheiden, die Gelegenheit geben konnte. Daß sie aber von den römischen Rechtsgelehrten in Betrachtung gezogen sey, diese Verschiedenheit, läugne ich so wenig, als ich es behaupte.

§. 10.

Ueber das Aufräumen der Gräben und Wasserzüge.

Wenn ein Graben oder sonstiges Gewässer, was über unser oder auf unserem Grundstück fließt, seinen Gang über ein benachbartes niedriger liegendes fortsetzt, so haben wir gesehen, daß der Nachbar dem Lauf dieses Gewässers keine Hindernisse in den Weg legen, es uns nicht zurückschicken dürfe. Aber, gesetzt, daß natürliche Hindernisse den Lauf des Gewässers hemmen und machen, daß es auf unser Gebiet zurücktritt, müssen wir dieß geschehen lassen oder ist der Nachbar schuldig, die Hindernisse bei Seite zu schaffen, z. B. den verwachsenen Graben aufzuräumen oder das verstopfte Gewässer wieder in Fluß zu bringen? Man wird schon a priori geneigt seyn, diese Frage zu verneinen. Ein Zurückschicken des Wassers kann das nicht genannt werden, wenn es ohne das Zuthun des Nachbarn zurückgedrängt wird und mit welchem Rechte könnte der Nachbar von dem

Nachbarn verlangen, daß er zu seinem Besten positiv thätig sey? Ist es nicht schon genug, daß er zur Unthätigkeit genöthigt, es dulden muß, daß das Wasser von dem Grundstück des Nachbarn über das seinige hinwegfließt, soll er auch noch Handlungen vornehmen müssen, die vielleicht seinem Vortheil zuwider laufen und ihm auf allen Fall Mühe und Kosten verursachen? An und für sich könnte selbst das nicht von ihm begehrt werden, daß er auch nur dulden müßte, daß der Nachbar auf sein Grundstück komme, um den vorigen Zustand wieder herzustellen.

Wir haben aber gesehen, es ist eine ähnliche Last, wie sie durch eine dem Besitzer eines benachbarten Grundstücks bewilligte Gerechtigkeit entsteht, eine s. g. *servitus naturalis*, daß der Besitzer des niedriger liegenden Grundstücks das Wasser, was von dem höheren herabfließt, aufnehmen und über sein Grundstück laufen lassen muß. Dieser Grundsatz scheint auch hier in Betrachtung gezogen zu seyn. Bei einer wirklichen Gerechtigkeit hat der Besitzer des dienstbaren Grundstücks bekanntlich nicht nöthig, die Anstalt, die auf seinem Grundstück zur Ausübung der Gerechtigkeit vorhanden ist, auszubessern, er muß es aber dulden, daß der Besitzer des herrschenden auf sein Grundstück komme und die Ausbesserung vornehme [1]). Dieß ist ganz im Charakter einer Gerechtigkeit, die immer nur dahin gehen kann, daß der Besitzer eines Grundstücks etwas dulden muß oder nicht thun darf, ihn aber nicht zur positiven Thätigkeit, folglich auch nicht zur Ausbesserung der Anstalt,

---

[1]) L. 1. §. 6. 7. 10. D. de rivis. L. 6. §. 2. 5. D. si serv. vind. L. 3. §. 15. 16. D. de itinere actuque priv. L. 4. pr. et §. 1. D. eod. L. 5. pr. et §. 1. D. eod. L. 11. pr. et §. 1. D. Com. praed.

die auf dem dienstbaren Grundstück zur Ausübung der Gerechtigkeit vorhanden ist, verpflichten kann. Diese Grundsätze sind nun auch auf jene natürliche Gerechtigkeit angewandt. Wenn man nämlich die hieher gehörigen verschiedenen Aeußerungen der römischen Rechtsgelehrten mit einander vergleicht, so ergeben sich, ganz in's Kurze gezogen, folgende Resultate: Der Besitzer des niedriger liegenden Landes ist zur positiven Thätigkeit, wenigstens nicht unbedingt, verbunden, er muß es aber dulden, daß der Besitzer des höher liegenden auf sein Gebiet komme und das Gewässer, was von dem höher liegenden über das niedriger liegende abfließt, z. B. den Graben, reinige, wenn er es nicht lieber selbst thun will. Er kann darauf belangt werden, *ut aut ipse purget aut purgare sinat.* Er hat nicht einmal nöthig, den Gränzgraben in Gemeinschaft mit dem Nachbarn aufzuräumen, muß es aber dulden, daß dieser, außer seiner eigenen, seine Hälfte mit aufräume [2]).

---

[2]) Fließt dieß Gewässer von Natur, so war Labeo der Meinung, daß der Nachbar dieß als einen Unglücksfalls ansehen und sich gefallen lassen müsse. Ist es aber ein Graben, welcher schon über Menschendenken vorhanden gewesen, so könne der Nachbar vom Nachbarn fordern, daß er den Graben aufräume. Ebenso könne bei einem Gränzgraben jeder Nachbar, der seine Hälfte nicht reinige, vom anderen mit der actio aquae pluviae belangt werden. Hingegen nahm Ulpian an, daß auch bei fließenden Gewässern, die sich verstopft haben, der Besitzer des niedriger liegenden Grundstücks genöthigt werden könne, es zu dulden, daß der Besitzer des höheren den vorigen Zustand wieder herstelle. Und Atejus war der Meinung, wie der Besitzer des niedriger liegenden Grundstücks dem Nachbarn erlauben müsse, den verstopften Graben zu reinigen, ohne Unterschied, ob dieser Graben schon über Menschendenken vorhanden gewe-

Umgekehrt kann es seyn, daß eine natürliche Begebenheit ein auf dem benachbarten Grundstück befindliches Werk,

---

sen ist oder nicht; und diese Meinung billigt Ulpian. Atejus selbst drückt sich so aus, als ob der Besitzer des niedriger liegenden Grundstücks den Graben selbst zu reinigen verbunden sey; allein dieß kann seine Meinung nicht gewesen seyn, denn selbst bei wahren Gerechtigkeiten ist der Besitzer des dienstbaren Grundstücks dazu nicht verbunden und hat nur nöthig, patientiam zu gewähren, und wäre es auch, so würde doch die Stelle, um sie mit den übrigen, die vorher gehen und theils folgen, in Einklang zu bringen, so zu verstehen seyn, daß er entweder reinigen oder dulden müsse, daß der Besitzer des höheren Grundstücks reinige. Zunächst ist er aber verbunden, zu dulden, daß der Nachbar reinige und zu dem Ende auf sein Grundstück komme, und von dieser Beschwerde kann er sich dadurch frei machen, daß er die Reinigung selbst vornimmt. *L. 2. §. 1. D. h. t.* Apud Labeonem proponitur fossa vetus esse agrorum siccandorum causa, nec memoriam extare, quando facta est. Hanc inferior vicinus non purgabat. Sic fiebat, ut ex restagnatione ejus aqua fundo nostro noceret? Dicit igitur Labeo, aquae pluviae arcendae cum inferiore agi posse: ut aut ipse purgaret, aut te pateretur in pristinum statum eam redigere. §. 2. *eod.* Praeterea si in confinio fossa sit, neque purgari vicinus patiatur eam partem quae tibi accedat, posse te magis agere aquae pluviae arcendae, Labeo ait. §. 4. *eod.* Apud Atejum vero relatum est, eam fossam, ex qua ad inferiorem fundum aqua descendit, cogendum esse vicinum purgare, sive extet fossae memoria, sive non extet. Quod et ipse puto probandum. §. 6. *eod.* Apud Namusam relatum est, si aqua fluens, iter suum stercore obstruxerit, et ex restagnatione superiori agro noceat, posse cum inferiore agi, *ut sinat purgari.* Hanc actionem non tantum de operibus esse utilem manu factis, verum etiam in omnibus, quae non secundum voluntatem sint, Labeo contra Namusam probat. Ait *naturam agri ipsam a se mutari posse.* Et ideo, cum per se natura agri fuerit mutata, aequo animo unumquemque ferre debere, sive melior,

was uns gegen das von dorther uns zufließende Gewässer schützte, zerstört hat. In diesem Fall nahm Varus an, daß keine Klage Statt finde, wenn jenes zerstörte Werk ein natürliches gewesen; bei einem Werk von Menschenhand — einem opus manufactum — unterschied er, ob es vor oder seit Menschendenken errichtet worden; Labeo hingegen ließ bei einem Werk dieser Art eine Klage, *ut reponat aggerem vel reponi sinat*, ohne Unterschied zu; Ulpian endlich gewährte auch bei einem Werk der Natur eine Klage (wenn auch nicht die actio aquae pluviae arcendae, wenigstens nicht directa), doch nur unter der Voraussetzung, daß die Wiederherstellung des Werks, während sie mir zum Vortheil gereicht, dem Nachbarn nicht schadet [3]). Die Meinung des

---

sive deterior ejus conditio facta sit. Idcirco et si terrae motu, aut tempestatis magnitudine, soli causa mutata sit, neminem cogi posse, ut sinat in pristinam loci conditionem redigi. Sed nos etiam in hunc casum aequitatem admisimus. §. 7. *eod.* Idem Labeo ait, si in agro tuo aquarum concursus locum excavavit, aquae pluviae arcendae actione agi non posse tecum a vicinis. Plane si fossam jure factam, aut cujus memoria non extat, agi tecum posse aquae pluviae arcendae, ut reficias.

[3]) *L.* 2 §. 5. *D. h. t.* Item Varus ait, aggerem, qui in fundo vicini erat, vis aquae dejecit, per quod effectum est, ut aqua pluvia mihi noceret. Varus ait, si naturalis agger fuit, non posse me vicinum cogere aquae pluviae arcendae actione, ut eum reponat, vel reponi sinat. — Idemque putat, et si manifestus fuit neque memoria ejus exstaret. Quod si extet, putat aquae pluviae arcendae actione eum teneri. Labeo autem, si manu factus sit agger, etiam si memoria ejus non exstat, agi posse ut reponatur. Nam hac actione neminem cogi posse, ut vicino prosit, sed ne noceat, aut interpellet facientem quod jure facere possit. — Quanquam tamen deficiat aquae pluviae arcendae actio, attamen opinor *utilem actionem* vel interdictum mihi

Ulpian würde nun als das geltende Recht zu betrachten seyn und darnach unter jener Voraussetzung in allen Fällen gegen den Nachbarn eine Klage Statt finden, *ut reponat aggerem vel reponi sinat.*

§. 11.
Exceptio aquae pluviae arcendae.

Wer hat wohl je von einer exceptio aquae pluviae arcendae gehört! Aber nach Mevius würde es nicht bloß eine actio, sondern auch eine exceptio aquae pluviae arcendae geben. Diese Einrede soll demjenigen entgegen stehen, welcher verbunden war, das Wasser von dem Grundstück des Anderen abzuhalten, wenn er diese Pflicht übertreten, z. B. den Damm, der das Wasser zurückhielt, eigenmächtig zerstört und den Gegner dadurch veranlaßt hat, sich gegen den Andrang des Wassers durch gewaltsame Maßregeln zu schützen. Klagt er nun über Gewalt und Besitzentsetzung, so soll der Gegner vermittelst jener Einrede begehren können, daß er zuerst den vorigen Zustand wieder herstelle. Denn, wenn beide gegen einander ein Spolium begangen hätten, müsse, wer das erste begangen, mit der Restitution den Anfang machen [1]).

Nach meinem Ermessen gibt es keine exceptio aquae pluviae arcendae. Die Einreden, die hier möglich sind, können nur durch die gesetzlichen Ausnahmen, außerdem aber nicht durch die Sache selbst, sondern nur durch die

---

competere adversus vicinum, si velim aggerem restituere in agro ejus, qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est. Haec aequitas suggerit; etsi jure deficiamur.

[1]) *Mev.* P. 9. dec. 118.

Art und Weise, wie der Andere zu Werke ging, begründet werden.

Klagt der Eine über erlittene Gewalt und der Andere setzt ihm den Einwand entgegen, er habe zuerst Gewalt angewandt, z. B. der Eine baut vi aut clam, der Andere zerstört den Bau vi aut clam, so kann der Beklagte dem Kläger den Einwand entgegensetzen, er habe zuerst vi aut clam gehandelt, aber diese Einrede, hier gebraucht, würde nicht exceptio aquae pluviae arcendae, sondern exceptio quod vi aut clam zu nennen seyn[2]). Hätten sie sich bei dieser Gelegenheit einander eigenmächtig des Besitzes entsetzt (wiewohl ich nicht sehe, wie hier von Besitzentsetzung, zumal wechselseitiger, die Rede seyn kann), dann würde gegen eine anzustellende Spolienklage ebenfalls nicht die exceptio aquae pluviae arcendae, sondern nur *vitiosae possessionis* möglich seyn, die nach neuerem Recht schon gegen das interdictum de vi gar nicht Statt findet[3]), oder auch, wenn jeder geraubte Besitz ein anderes Object hätte, die *exceptio spolii reciproci*. Gegen die actio spolii findet die exceptio spolii Statt, wenn der Kläger den Beklagten früher eines anderen Besitzes beraubt hat[4]). Und bei dieser letzteren könnte es dann allerdings heißen, wer zuerst spoliirt habe, müsse auch zuerst restituiren. Diese letztere wird Mevius gemeint haben.

---

[2]) L. 7. §. 3. D. quod vi aut clam.

[3]) L. 17. D. de vi.

[4]) *Boehmer* jus. eccl. Prot. lib. 2. tit. 13. §. 5.

II. Von

II.

Von der Mora, namentlich des Schuldners.

(Im Februar 1834.)



Wenn Jemand in Schuldverhältnissen, worin er zu Anderen steht, die auf Tilgung der Verbindlichkeit gerichtete Handlung zur rechten Zeit vorzunehmen versäumt, so kann dieß nachtheilige Folgen hervorbringen, in Ansehung deren die Frage entsteht, wer sie übernehmen müsse, wobei es darauf ankommt, ob ihm dabei etwas zur Last gelegt werden kann oder ob er zu entschuldigen ist [1]). Es kömmt hier, mit einem Wort, in Betrachtung, ob er, nach dem Kunstausdruck des römischen Rechts, *in mora* ist; und dieß ist nach Marcianus eine Frage, die mehr quaestio facti, als juris ist und worüber der Richter zu entscheiden hat [2]), der hierbei auf die Umstände Rücksicht nimmt und, wie es

---

[1]) *L.* 17. §. 3. *D. de usuris.* Si pupillo non habenti tutorem fideicommissum solvi non potuit, non videri moram per heredem factam: Divus *Pius* rescripsit. Ergo nec ei debetur, qui, quod reipublicae causa abfuit, vel ex alia causa justa impeditus, ex qua restitutio indulgetur, petere non potuit. Quid enim potest imputari ei, qui solvere, etiam si vellet, non potuit? nec simile videri posse, quod placuit, minoribus etiam in his succurri, quae non adquisiverunt. Usurae enim non propter lucrum petentium, sed propter moram non solventium infliguntur. *L.* 91. §. 3. *D. de Verb. Oblig.*

[2]) *L.* 32. *pr. D. de usuris.*

scheint, auch Billigkeit in Betrachtung zieht [3]). Zur Mora gehört, daß der Andere zur Verrichtung der Handlung, wovon die Rede ist, aufgefordert sey, und besonders zur Mora des Schuldners, wovon hier gehandelt wird, daß die Zeit gekommen sey, da der Gläubiger die Erfüllung der Verbindlichkeit fordern durfte, daß er sie gefordert hat und der Schuldner diesem Verlangen ohne erhebliche Entschuldigungsgründe keine Folge gab. Vorausgesetzt wird dabei, daß der Gläubiger, was er fordert, mit vollkommenem Rechte fordern, daß er deshalb klagen und mit Erfolg klagen kann. Steht dem Gläubiger keine Klage zu, so kann auch von keiner Mora die Rede seyn [4]). Und eben so wenig, wenn der Schuldner gegen die Klage des Gläubigers durch Einreden geschützt ist [5]).

Von selbst entsteht die Mora, wenigstens der Regel nach, nicht, sondern sie geht aus einer Handlung oder vielmehr Unterlassung, aus einem fehlerhaften Betragen einer Person, namentlich des Schuldners, hervor, welcher dem auf die gehörige Art ihm geäußerten Verlangen des Gläubigers nach einer zu dieser Frist ihm zu lei-

---

[3]) *L.* 21. *D. de usuris. L.* 23. *pr. D. eod. L.* 3. §. *ult. D. de act. emt. et vend. L.* 91. §. 3. *D. de Verb. Obl.*

[4]) *L.* 127. *D. de Verb. Obl.* Si pupillus sine tutoris auctoritate Stichum promittat et fidejussorem dedit, servus autem post moram a pupillo factam decedat; nec fidejussor erit propter pupilli moram obligatus. *Nulla enim intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est:* esse autem fidejussorem obligatum ad hoc, ut vivo homine conveniatur, vel ex mora sua postea. *L.* 88. *D. de reg. juris.* Nulla intelligitur mora ibi, ubi nulla petitio.

[5]) — non enim in mora est is, a quo pecunia propter exceptionem peti nequit. *L.* 40. *D. de rebus creditis.*

stenden Zahlung ohne triftigen Entschuldigungsgrund nicht nachkömmt. Dieß Verlangen, welches nach dem Kunstausdruck des römischen Rechts Interpellation genannt wird, kann sich unter mancherlei Gestalten zeigen. Es kann sich zeigen als Forderung, als Bitte, als Mahnung; auch liegt es, wiewohl die Alten darüber gestritten haben, in der Aeußerung des eigenen Bedürfnisses, doch nur, wie es mir scheint, dann, wenn es in einzelnen Fällen in der Absicht erklärt ist, den Andern dadurch zur Zahlung zu veranlassen. Nicht nur der Gläubiger selbst kann jenes Verlangen äußern, sondern auch derjenige, welcher vermöge Auftrags oder als negotiorum gestor seine Geschäfte verwaltet [6]). Es versteht sich auch, daß der Schuldner selbst auf die Zahlung angeredet seyn muß und wenn etwa die Interpellation durch einen Anderen bewerkstelligt ward, so kann sie nur von Wirkung seyn, sobald sie zur Kenntniß des Schuldners gelangt ist. Ist der Schuldner ein Unmündiger, welcher unter Vormundschaft steht, so muß er unter Auctorität des Vormundes zur Zahlung aufgefordert werden oder auch der Vormund [7]). Hat ein Unmündiger keinen Vormund, so kann er sich keiner Mora schuldig machen und eben dieß gilt von Minderjährigen, die des Schutzes Anderer bedürfen und ihn entbehren [8]). Nachdem die Interpellation einmal geschehen und

---

[6]) *L. 24. §. 2. D. de usuris.*

[7]) *L. 24. D. de Verb. Oblig.* Sed si ex stipulatu Stichum debeat pupillus, non videbitur per eum mora fieri, ut mortuo eo teneatur: nisi si tutore auctore aut solus tutor interpelletur.

[8]) *L. 5. §. 20. D. Ut in possess. legator.* Cessatum non accipimus, si pupillus tutorem non habeat; nec curatorem furiosus vel adulescens; nam frustratio non debet hujusmodi personis nocere, quae sunt indefensae.

die Mora eingetreten ist, dauern die Wirkungen derselben fort; einer Wiederholung derselben bedarf es nicht, auch nicht von Seiten des Erben oder an den Erben[9]).

Marcianus gibt die Regel:

> Mora fieri intelligitur, non ex re, sed ex persona, id est, si *interpellatus* opportuno loco non solverit[10]).

Und Pomponius lehrt:

> si ex legati causa, aut ex stipulatu hominem certum mihi debeas: non aliter post mortem ejus tenearis mihi, quam si per te steterit, quominus vivo eo eum mihi dares: quod ita fit, si aut *interpellatus* non dedisti, aut occidisti eum[11]).

Hiermit stimmt überein, was in den receptis sententiis Paulus so kurz als bündig ausgesprochen hat:

> mora — fieri videtur, cum *postulanti non datur*[12]).

Gestützt auf jene Stellen des Marcianus und Pomponius gaben die alten Rechtsgelehrten die Regel: *sine interpellatione mora non contrahitur*[13]). Und Noodt nimmt diesen Ursprung der Mora in den Begriff auf. Denn nach ihm ist *mora* — injusta cessatio ejus, qui *jure interpellatus* non solvit, aut non accipit debitum[14]). Die Interpellation selbst kann gerichtlich geschehen. Sie

---

[9]) L. 91. §. 4. D. de Verb. Oblig. L. 27. D. de usuris.

[10]) L. 32. pr. D. de usuris.

[11]) L. 23. D. de Verb. Oblig.

[12]) *Paulus* sent. rec. lib. 3. tit. ult. §. ult.

[13]) *Struv.* syntagma tit. de usuris §. 67.

[14]) *Noodt* de foenore et usuris lib. 3. cap. 9.

wird nämlich dadurch bewerkstelligt, daß Jemand bei Gericht Klage erhebt, also bei Gericht fordert. Wenn dann der Beklagte, statt den Kläger zu befriedigen, den Streit mit ihm aufnimmt, so ist er in mora [15]). Indessen kann die Interpellation auch außergerichtlich geschehen. In jenem Fall geschieht sie nach den Ausdrücken des römischen Rechts durch Litiscontestation, in diesem durch Convention [16]).

Es gibt aber Fälle, in welchen nach dem gesetzlichen Ausdruck *mora in re* vorhanden ist oder *ex re* entsteht. Fälle dieser Art kommen darin überein, daß keine wahre mora vorhanden ist, daß Jemand aber eben so behandelt wird, als wäre er *in mora*, d. h. zur Zahlung aufgefordert. Die Rechtsgelehrten pflegen daher zu lehren, die mora entstehe in der Regel ex persona, und dann reden sie von der eigentlichen wahren mora, die allein diesen Namen verdient; ausnahmsweise aber entstehe sie

---

[15]) *L.* 82. §. 1. *D. de Verb. Oblig.* Si post moram promissoris homo decesserit, tenetur nihilominus, perinde ac si homo viveret: et hic moram videtur fecisse, qui litigare maluit, quam restituere. *L.* 12. §. *ult. D. Depositi.* Quemadmodum quod ex stipulatu, vel ex testamento dari oporteat, post judicium acceptum cum detrimento rei periret, sic depositum quoque eo die, quo depositi actum sit, periculo ejus, apud quem depositum fuerit, est, si judicii accipiendi tempore potuit id reddere reus, nec reddidit. Wenn Jemand, weil die Forderung des Gläubigers nicht im Reinen ist, statt zu zahlen, auf den Ausspruch des Richters dringt; dieser ist nicht in mora. *L.* 24. *pr. D. de usuris.* Si quis solutioni quidem moram fecit, judicium autem accipere paratus fuit, non videtur fecisse moram, utique si juste ad judicium provocavit.

[16]) L. 1. et 2. C. de usuris et fruct. legator. L. 46. §. 4. D. de episcopis et cler. *Noodt* de foenore et usuris lib. 3. cap. 9 et 10.

bisweilen *ex re.* Sie unterscheiden daher *mora regularis* und *irregularis.*

Zu den Fällen, da nicht durch Worte, sondern durch die That selbst mora hervorgebracht wird, oder sie ex re entsteht, gehören, um nur der vorzüglichsten zu gedenken, folgende: 1) wenn Jemand nicht im Stande ist, den Schuldner zur Zahlung aufzufordern, weil Hindernisse auf Seiten des Letzteren obwalten, welche die Aufforderung unmöglich machen [17]. In Fällen dieser Art scheint eine vor Zeugen eingelegte Protestation die Stelle der Interpellation zu vertreten [18]. Ferner 2) wenn Sachen gestohlen oder geraubt sind, ist auf Seiten des Diebes oder Räubers von dem Augenblick an, da er genommen, bis zum Augenblick, da er wieder erstattet hat, mora ex re vorhanden. Denn dieser, welcher gar nicht befugt war, sich der fremden Sache zu bemächtigen, mußte sie auch ohne Aufforderung von selbst zurückgeben. Es ist daher vom ersten Augenblick an, da er sich der Sache bemächtigt hat, so anzusehen, als wenn er in mora, d. h. zur Zurückgabe aufgefordert wäre, und dieß drückt die Regel aus: Fur semper moram facere videtur [19]. Ein Schuldner dieser Art ist wo möglich noch

---

17) *L.* 23. §. 1. *D. de usuris.* Aliquando etiam in re moram esse decerni solet, si forte non exstat, qui conveniatur.

18) *L.* 2. *D. de nautico foenore.* Labeo ait, si nemo sit, qui parte promissoris interpellari trajectitiae pecuniae possit, idipsum testatione complecti debere, ut pro petitione id cederet.

19) L. 8. §. 1. D. de cond. furt. L. ult. D. eod. L. ult. C. eod. L. ult. C. de cond. ob turpem causam. L. 1. § 34. D. de vi et vi arm. L. penult. D. eod. L. 1. §. 25. D. Depositi.

mehr, als in mora; er ist *plus quam frustrator* [20]). Und dieß soll wohl bedeuten, er ist mehr verschuldet, wie ein Anderer und verdient weniger Nachsicht, wie ein Anderer. Erst durch Oblation kann er sich von der mora und deren Folgen frei machen [21]), wie auch ein gewöhnlicher Schuldner sich von der (wahren) mora durch die erklärte Bereitwilligkeit, jetzt zu zahlen, frei machen kann.

Außer diesen Fällen, da eine Aufforderung entweder nicht möglich ist, oder nicht nöthig seyn kann, gibt es einige Fälle, in denen die Begünstigung der Freiheit oder des jugendlichen Alters eine Ausnahme von der Regel bewirkt. Es gehört nämlich 3) zu den Fällen der mora ex re die Verzögerung in der Abtragung dessen, was der Minderjährige zu fordern hat. Zu den Rechtswohlthaten, deren das minderjährige Alter sich zu erfreuen hat, gehört es nämlich, daß Minderjährige nicht erst nöthig haben, ihre Schuldner, um sie in moram zu versetzen, zur Zahlung aufzufordern. Das bloße Verschieben der Zahlung einer fälligen Schuld bringt hier für den Schuldner eben die Folgen hervor, welche sonst die mora hervorbringt. Was bei volljährigen Schuldnern die Interpellation bewirkt, das bewirkt hier *favor minoris aetatis*. Auf solche Art ist für Minderjährige auch in diesem Stücke vorgesorgt, damit sie nicht im Verkehr mit Anderen durch Unerfahrenheit oder Nachlässigkeit zu kurz kommen. Auch in Fällen dieser Art heißt es im römischen Recht: *in re moram esse* [22]).

---

[20]) L. penult. D. de vi et vi arm.

[21]) L. 2. C. de cond. furt. L. 8. pr. D. eod.

[22]) *L.* 26. §. 1. *D. de fidei commissariis libertatibus.* Apparet igitur, subventum fideicommissis libertatibus, ut in re mora

Eine wahre mora ist hier nicht vorhanden, wie das römische Recht, namentlich auch für Fälle dieser Art ausdrücklich anerkennt [23]). Die wahre Mora entsteht immer nur durch Interpellation; und wenn im römischen Recht sim-

---

facta esse his videatur, et ex die quidem, quo libertas peti potuit, matri traderentur manumittendi causa; ex die vero, quo petita est, ingenui nascantur. Plerumque enim per ignaviam vel per timiditatem eorum, quibus relinquitur libertas fideicommissa, vel per ignorantiam juris sui, vel per auctoritatem et dignitatem eorum, a quibus relicta est, vel serius petitur, vel in totum non petitur fideicommissa libertas, quae res obesse libertati non debet. Quod igitur defendimus, ita determinandum est, ut ingenui quidem exinde nascantur, ex quo mora libertati facta est; manumitti autem partum dici debeat, ex quo peti libertas potuit, quamvis non sit petita. Certe minoribus annis et in hoc tribuendum est auxilium, ut videatur in re mora esse. Nam qua ratione decretum, et a Divo Severo constitutum est, in re moram esse circa pecuniaria fideicommissa, quae minoribus relicta sunt, multo magis debet etiam in libertatibus hoc idem admitti. *L.* 3. *C. In quibus causis rest. in int. necessaria non est.* In minorum persona re ipsa et ex solo tempore tardae pretii solutionis recepto jure moram fieri creditum est: in his videlicet, quae moram desiderant: in bonae fidei contractibus, et fideicommissis, et legatis.

[23]) *L.* 87. §. 1. *D. de leg.* 2. Usuras fideicommissi, post impletos annos 25. puellae, ex quo mora facta est, deberi respondi. Quamvis enim constitutum sit, ut minoribus 25. annis usurae omnimodo praestentur, tamen non pro mora hoc habendum est, quam sufficit semel intervenisse, ut perpetuo debeantur. *L.* 5. *C. de act. emti et vend.* Curabit praeses provinciae compellere emptorem, qui nactus possessionem fructus percepit partem pretii, quam penes se habet, cum usuris restituere: quas et perceptorum fructuum ratio, et minoris aetatis favor, licet nulla mora intercesserit, generavit.

pliciter von mora die Rede ist, dann ist eine durch Interpellation hervorgebrachte gemeint [24]).

Es scheint sich sodann von selbst zu verstehen, daß es keiner Aufforderung zur Zahlung bedürfen könne, wenn durch Gesetz oder Vertrag schon ein bestimmter Tag festgestellt ist, an welchem die Zahlung geleistet werden soll. Ist ein Tag zur Zahlung verabredet, so ist ja im Grunde die Interpellation oder das geäußerte Verlangen nach einer zu dieser Frist zu leistenden Zahlung im Voraus erklärt, und wozu soll es dann noch einmal wiederholt werden? Auch bei der wirklichen Interpellation ist es ja nicht darauf abgesehen, daß der Gläubiger dem Gedächtniß des Schuldners zu Hülfe kommen will, was in den wenigsten Fällen nöthig seyn wird und wozu er auf allen Fall keine Verbindlichkeit hat, sondern es soll dadurch eine Verbindlichkeit für den Schuldner hervorgebracht werden, sich der Schuld jetzt zu entledigen. Diese Verbindlichkeit ist aber schon durch den Vertrag, oder das Gesetz, wie es scheint, völlig begründet. Auch nahmen die Rechtsgelehrten und zwar in neueren Zeiten einstimmig den Grundsatz an, den namentlich auch Noodt vertheidigt, daß es, wenn ein Zahlungstag bestimmt sey, durch Vertrag oder Gesetz, keiner Interpellation bedürfe, um den Schuldner in moram zu versetzen. Sie stellten die Regel auf: *Dies interpellat pro homine.* Die Richtigkeit dieser Regel ist in der neuesten Zeit in Zweifel gezogen und dann der Gegenstand gelehrter Streitigkeiten geworden, in die ich mich auf keine Weise mischen will [25]). Mir hat der bloße Widerspruch, welcher gegen

[24]) L. 17. D. Loc. Cond.

[25]) Archiv für die civil. Praxis Bd. 5. Abh. 8. Bd. 6. Abh. 2. Bd. 16. Abh. 7. Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß. Bd. 4. Abh. 5. Bd. 7. Abh. 3.

die gemeine Meinung erhoben ist, zur Veranlassung gedient die Wahrheit jener Regel an der Hand der Gesetze und alten Schriftsteller selbst zu untersuchen und da finde ich nun, daß sie nach römischem Recht auf sehr schwachen Füßen steht. Doch dieß ist noch zu wenig gesagt. Sie ist so offenbar falsch, daß es mich fast wundert, wie es möglich gewesen, daß sie jemals über die wahre den Sieg gewinnen konnte. Es muß an denjenigen gelegen haben, die eine gute Sache nicht am besten vertheidigten — oder auch — und vielleicht noch mehr — daran, daß diese gute Sache in gewisser Hinsicht eine sehr schlechte ist oder vielmehr zu seyn scheint; nämlich wenn wir von den Ideen des römischen Rechts hinwegsehen und die Sache mit unseren Augen ansehen, so scheint nichts natürlicher zu seyn, als daß, wenn ein Zahlungstag festgesetzt ist, es keiner besonderen Aufforderung zum Zahlen bedürfen könne. Nun bedarf es freilich in solchen Fällen auch wirklich keiner Aufforderung zur Zahlung, damit man sagen könne, der Andere habe den Contract gebrochen; aber bedarf es ihrer nicht vielleicht, wenn das entstehen soll, was im römischen Recht *mora* heißt?

Diejenigen unter den alten Rechtsgelehrten, welche die Regel: Dies interpellat pro homine, nicht für gültig erkannten, führten folgende Gründe dagegen an: 1) eine Zahlungszeit werde zum Besten des Schuldners verabredet und es finde hier folglich die Regel Anwendung, daß eine Bestimmung, die zu Jemandes Gunsten gereichen solle, nicht zu seinem Nachtheil angewandt werden dürfe; 2) nach einer Stelle in den Pandecten — L. 1. §. 3. D. de periculo et com. rei vend. — dürfe der Verkäufer auch nach dem zur Entgegennahme bestimmten Tage den verkauften

Wein nicht eher ausschütten, als bis er zuvor den Käufer vergebens aufgefordert habe, den Wein abzuholen, widrigen Falls er ihn verschütten werde; 3) die bloße Zeit könne keine Verbindlichkeit hervorbringen —. Diese Gründe waren freilich nur schwach. Man hat darauf geantwortet: 1) der Zahlungstag solle freilich zum Vortheil des Schuldners gereichen, aber damit beziehe es sich bloß auf den Zwischenraum, welcher den Tag des geschlossenen Geschäfts von dem Zahlungstage trennt; 2) jene Pandectenstelle habe mit der Mora nichts zu schaffen; die Aufforderung, wovon darin die Rede sey, beziehe sich auf die Befugniß des Verkäufers, den Wein, den der Käufer über die verabredete Zeit unabgefordert stehen lassen, zu verschütten; 3) die Zeit könne freilich an sich keine Verbindlichkeit hervorbringen, sie könne es aber dann, wenn das Gesetz oder der Vertrag ihr diese Kraft beigelegt habe [26]). Mit diesen Gründen und Gegengründen ist die Sache aber nicht abgemacht. Die Meinung, nach welcher eine Interpellation zur Hervorbringung der Mora selbst dann, wenn eine Zahlungszeit bestimmt worden, nicht weniger nöthig ist, hat so viele und so wichtige Gründe für sich, daß alle irgend schwache Gründe immerhin aufgegeben werden können, ohne daß man befürchten dürfte, daß sie den Sieg verlieren werde. Die Anzeige, die von Seiten des Verkäufers geschehen soll, erscheint nicht sowohl als eine Aufforderung, sich einer Verbindlichkeit zu entledigen, die vielmehr eine des Verkäufers, als des Käufers ist, sondern als eine Drohung, die einer

---

[26]) *Lauterbach* Coll. theor. pract. tit. de usuris §. 53. 54; *Stryck* usus modernus p. 650.

so außerordentlichen und dem Käufer so nachtheiligen Maaßregel, wie das Verschütten des Weins ist, billig vorhergehen muß, damit er ihr zuvorkommen könne.

Die wahren Gründe, aus denen die Unhaltbarkeit jener (sonst) gemeinen Meinung folgt, scheinen folgende zu seyn:

1) Wir haben gesehen, daß nach Marcianus und Paulus die Mora nur ex persona und durch Interpellation entsteht. Sie entsteht zwar in einigen Fällen ex re, aber nur ausnahmsweise und ohne daß dieß wahre mora wäre. Hiernach ist es gar nicht möglich, daß durch die bloße Ankunft des bestimmten Zahlungstages Jemand in moram versetzt werden könnte; seine mora könnte nur eine s. g. mora ex re seyn, also keine wahre mora, die aber die Folgen der mora hätte. Wirklich rechnen auch unsere Rechtsgelehrten diesen Fall zu den Fällen der s. g. mora ex re; aber gehörte er auch nur dazu, so müßte dieß doch in irgend einer Stelle angedeutet seyn, wie ja in Ansehung der übrigen, die minder wichtig sind, geschehen ist.

2) Besonders müßte es auffallend seyn, daß Marcianus, indem er von der Art spricht, wie die mora entsteht, und daß Interpellation zur Hervorbringung derselben erforderlich sey, mit keiner Sylbe des Falls, da ein Zahlungstag festgesetzt ist, nicht einmal als einer Ausnahme gedenkt, da doch die Fälle, in welchen ein dies solutionis vorgeschrieben ist, eben so häufig oder vielmehr viel häufiger vorkommen, als das Gegentheil. Lehrt nicht Marcianus ausdrücklich: Mora fieri intelligitur *non ex re, sed ex persona:* id est, si *interpelatus* opportuno loco, non solverit etc. und konnte er sich so, so allgemein ausdrücken, wenn er nur gewisse Forderungen, nämlich diejenigen, in Ansehung deren keine Zahlungszeit bestimmt ist, im Sinne gehabt

hätte? Diese Stelle ist aber um so wichtiger, da sie unter dem Titel, der ex professo von der mora handelt und von ihr mit überschrieben ist, ihren Sitz hat und man daher berechtigt ist, über die wahre Natur der Mora hier den rechten Aufschluß zu erwarten, hier mehr, als in anderen Stellen, in welchen ihrer nur gelegentlich Erwähnung geschieht.

3) Lehrt Pomponius in der oben angeführten Stelle — L. 23. D. de Verb. Oblig. — ganz allgemein, daß, wenn der vermachte oder versprochene Sclave stirbt, die Verbindlichkeit nur dann fortdauert, wenn er nach geschehener Interpellation stirbt. Er lehrt dieß, ohne zwischen betagten und unbetagten Forderungen zu unterscheiden.

4) Wenn die gemeine Meinung richtig wäre, so fehlt es der Gesetzgebung über diesen Punkt an allem Zusammenhange; sie hat ihn aber, wenn die gemeine Meinung falsch ist. Zwar gehört der Satz nicht hieher, daß der festgesetzte Zahlungstag zum Vortheil des Schuldners gereichen solle und folglich keine nachtheilige Folgen für ihn daraus hergeleitet werden dürften. Bei Festsetzung eines Zahlungstags ist es gar nicht auf eine Begünstigung des Schuldners abgesehen, sondern die Contrahenten wollen eben nur die Zeit festsetzen, die beiden gelegen ist, dem Einen, zu geben, dem Anderen, zu empfangen, und an eine Wohlthat, die dadurch dem Einen und namentlich dem Schuldner erwiesen werden soll, wird nicht gedacht; aber, wenn im Rechtssystem einmal der Grundsatz aufgestellt ist, daß etwas, was ohne Zeitbestimmung versprochen ist, auf der Stelle gefordert werden kann, so ist es nur eine aus der Natur der Sache gezogene Folgerung, daß ein für die Erfüllung bezeichneter und sie folglich verschiebender Tag,

ein verabredeter dies solutionis, zum Vortheil des Schuldners gereicht. Der Schuldner hat nun nicht nöthig, sogleich zu bezahlen; insofern gereicht es ihm zum Vortheil, wenn ein dies solutionis festgestellt wird. Aber, was ihm in dieser einen Hinsicht vortheilhaft ist, könnte ihm in anderer Hinsicht immer zum Nachtheil gereichen, nämlich insofern, daß der Gläubiger dadurch der Nothwendigkeit überhoben würde, ihn zur Zahlung aufzufordern. Man kann kaum sagen, es gereiche dem Schuldner zum Nachtheil, daß er nicht erst zur Zahlung aufgefordert werden dürfe, wenigstens ist dieß ein Nachtheil, der von der Willkühr des Gläubigers abhängt, welcher den Schuldner jeden Augenblick in diesen Nachtheil versetzen kann; auf allen Fall ist kein Grund vorhanden, in Hinsicht auf mora zwischen beiden Fällen zu unterscheiden. Beide Fälle sind insofern verschieden. Ist keine Zahlungszeit bestimmt, so kann das Versprochene, wie gesagt, sogleich gefordert werden; ist aber eine bestimmt, dann kann das Versprochene erst dann gefordert werden, wenn der bestimmte Tag gekommen oder vielmehr vorübergegangen ist; bis dahin ist dem Schuldner Frist gegeben; wiewohl er früher zahlen kann, wenn er will, hat er doch nicht nöthig, früher zu zahlen. Darin kommen beide Fälle überein, daß in beiden Fällen gefordert werden muß; die mora entsteht ja eben durch das Fordern; erst nachdem von ihm gefordert ist, befindet sich der Schuldner, wenn er der Forderung kein Gehör gibt, in mora [27]).

Wie

---

[27]) §. 2. *J. de Verb. Oblig.* Omnis stipulatio aut pure, aut in diem, aut sub conditione fit. Pure, veluti, *quinque aureos dare spondes*? idque confestim peti potest. In diem: cum adjecto die, quo

Wie nun in beiden Fällen zur Hervorbringung der *mora* auf dieselbe Weise gefordert werden muß, betrifft der Unterschied zwischen beiden Fällen die Zeit, wie frühe

---

pecunia soluatur, stipulatio fit: veluti *decem aureos primis Calendis Martiis dare spondes?* Id autem, quod in diem stipulamur, statim quidem debetur, sed peti prius, quam dies venerit, non potest. Ac ne eo quidem ipso die, in quem stipulatio facta est, peti potest: quia totus is dies arbitrio soluentis tribui debet. Neque enim certum est eo die, in quem promissum est, datum non esse, prius quam is praeterierit. *L.* 41. §. 1. *D. eod.* Quoties autem in obligationibus dies non ponitur, praesenti die pecunia debetur: nisi si locus adjectus spatium temporis inducat, quo illo possit perveniri. Verum dies adjectus efficit, ne praesenti die pecunia debeatur. Ex quo apparet diei adiectionem pro reo esse, non pro stipulatore. *L.* 42. *D eod.* Qui *hoc anno*, aut *hoc mense dari* stipulatus sit, nisi omnibus partibus praeteritis anni, vel mensis, non recte petet. *L.* 137 §. 2. D. eod. Cum ita stipulatus sum, *Ephesi dari?* inest tempus. Quod autem accipi debeat, quaeritur. Et magis est, ut totam eam rem ad judicem, id est, ad virum bonum remittamus, qui aestimet, quanto tempore diligens paterfamilias conficere possit, quod facturum se promiserit, ut qui Ephesi daturum se spoponderit, neque duplomate, diebus, ac noctibus, et omni tempestate contempta, iter continuari cogatur: neque tam delicate progredi debeat, ut reprehensione dignus appareat; sed habita ratione temporis, aetatis, sexus, valetudinis: cum id agat, ut mature perveniat, id est, eodem tempore, quo plerique ejusdem conditionis homines solent pervenire. Eoque transacto, quamvis Romae remanserit, nec possit Ephesi pecuniam dare, nihilominus ei recte condicetur, vel quia per ipsum steterit quo minus Ephesi daret, vel quoniam per alium Ephesi possit dari, vel quia ubique potest solvere. *Nam et quod in diem debetur, ante solvi potest, licet peti non potest.* Quod si duplomate usus, aut felici navigatione, maturius quam quisque pervenerit Ephesum, confestim obligatus est, quia in eo, quod tempore atque facto finitum est, nullus est coniecturae locus. *L.* 118. §. 1. *D. eod.* *Decem hodie*

gefordert werden kann; in dem einen Fall darf dieß früher, im anderen erst später geschehen; geschehen muß es in beiden.

---

dari spondes? Dixi posse vel eo die pecuniam peti: nec videri praematurius agi, non finito stipulationis die: quod in aliis temporibus juris est. Nam peti non debet, quod intra tempus comprehensum solvi potest. In proposito enim diem non differendae actionis insertum videri, sed quo praesens ostendatur esse responsum. *L.* 14. *D. de reg. juris.* In omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur. *L.* 17. *D. eod.* Cum tempus in testamento adjicitur: credendum est pro herede adjectum, nisi alia mens fuerit testatoris: ficuti in stipulationibus promissoris gratia tempus adjcitur. *L.* 44. §. 1. *D. de Obl. et act.* Circa diem duplex inspectio est. Nam vel ex die incipit obligatio, aut confertur in diem. Ex die, veluti, *Calendis Martiis dare spondes?* cujus natura haec est, ut ante diem non exigatur. Ad diem autem. *Usque ad Calendas dare spondes?* Placet etiam ad tempus obligationem constitui non posse, non magis quam legatum. Nam quod alicui deberi coepit, certis modis desinit deberi. Plane post tempus stipulator, vel pacti conventi vel doli mali exceptione summoveri poterit. Sic et in tradendo si quis dixerit se solum sine superficie tradere, nihil proficit, quo minus et superficies transeat, quae natura solo cohaeret. *L.* 70. *D. de solut.* Quod certa die promissum est, vel statim dari potest, totum enim medium tempus ad solvendum promissori liberum relinqui intelligitur. *L.* 213. *D. de Verb. Sign.* *Cedere* diem significat incipere debere pecuniam. *Venire* diem significat eum diem venisse, quo pecunia peti possit. Ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit, et venit dies. Ubi in diem, cessit dies, sed nondum venit. Ubi sub conditione, neque cessit, neque venit dies pendente adhuc conditione. §. 1. Aes alienum est, quod nos aliis debemus. Aes suum est, quod alii nobis debent. §. 2. Lata culpa est nimia negligentia: id est, non intelligere, quod omnes intelligunt.

Zwar ist noch ein anderer Unterschied da. Nämlich nicht bloß die Zeit ist verschieden, wie frühe gefordert werden kann, sondern wenn ein dies solutionis festgesetzt, oder, mit dem Ausdruck des römischen Rechts, in diem versprochen ist, dann ward zugleich ein Tag als solcher bezeichnet, an welchem der Schuldner seiner Verbindlichkeit durch Zahlung sich entledigen sollte. Hier gehört es zur Erfüllung des Contracts, daß er zur bestimmten Zeit zahlen mußte. Einer Aufforderung zur Zahlung bedarf es in dieser Hinsicht nicht. An dem bestimmten Tage und wenigstens im letzten Augenblick desselben — denn bis dahin hat er allenfalls Frist — hätte er auch unaufgefordert zahlen müssen und daher ist er verpflichtet, die nachtheiligen Folgen, welche aus seiner widerrechtlichen Unterlassung entstanden sind, zu übernehmen und dem Gläubiger den Schaden zu vergüten. Diese nachtheiligen Folgen sind denen der mora ähnlich. Aber aus allem dem folgt noch nicht, daß der Schuldner in mora seyn sollte; die mora selbst kann auch hier nicht anders entstehen, als wie wahre mora immer entsteht, nämlich durch Interpellation.

5) Stimmen alle überein, daß, wenn unter Bedingung versprochen ist, die Erfüllung der Bedingung vor der Hand weiter nichts bewirkt, als daß sie die bis dahin bedingte Verbindlichkeit zu einer reinen macht, daß sie aber den Schuldner nicht sogleich in moram versetzt. Nun aber stehen beide Fälle, da nämlich die Bedingung in Erfüllung geht und da der bestimmte Zahlungstag gekommen ist, einander völlig gleich [28]). In beiden Fällen kann der Gläubiger, was er bisher nicht konnte, das Versprochene nunmehr

---

[28]) L. 213. pr. D. de V. S.

fordern, und erst, wenn er und zwar vergebens gefordert hat, tritt auf Seiten des Schuldners mora mit ihren Folgen ein [29]).

6) Die Interpellation ist, der Natur der Sache nach, eine für sich bestehende Handlung, die erst dann geschehen kann, wenn die Schuld fällig ist, die der Fälligkeit nur folgen, ihr aber nicht vorhergehen kann. Eine Interpellation, welche vor der bestimmten Zahlungszeit geschehen ist, hat gar keinen Werth und keine Folgen. Bei einer unbetagten Forderung würde sie keinen Sinn haben und bei einer betagten erscheint sie vor der Hand als unnöthig. Erst wenn der Tag gekommen ist, kann gefordert werden [30]). Dadurch erklärt sich folgende Stelle.

L. 49. §. 3. D. de Verb. Obl.

Si promissor hominis ante diem, in quem promiserat, interpellatus sit, et servus decesserit: non videtur per eum stetisse.

Die Stelle ist doppelt wichtig. Einmal bestätigt sie auf's Neue den Satz, daß, wenn ein Tag bestimmt ist, da das Versprochene geleistet werden soll, nichts desto weniger eine Interpellation erforderlich sey, wenn mora in eigentlicher Bedeutung entstehen soll, welche die Verbindlichkeit fortdauern macht, die außerdem erloschen seyn würde, bei den judiciis bonae fidei zu Zinsen verpflichtet u. s. w.; zweitens scheint sich daraus zu ergeben, daß die Interpellation nicht im Voraus, nicht eher geschehen könne, als bis die Schuld fällig, der bestimmte Tag gekommen

---

29) S. über dies Argument *Bachov* ad Treutlerum vol 2. disp. 3. thes. 7. lit. d.

30) L. 137. §. 2. D. de Verb. Obl.

und verstrichen ist. Es wäre freilich möglich, daß, nach der Meinung des römischen Rechtsgelehrten, der Unfreie vor dem Zahlungstage gestorben seyn müsse, daß erst die Interpellation geschah, dann der Todesfall sich ereignete und dann erst der Zahlungstag kam, — so hat ihn die Glosse verstanden — allein zu einer so beschränkten Auslegung fehlt es um so mehr an einem hinlänglichen Grunde, da der Rechtsgelehrte, wenn dieß seine Meinung gewesen wäre, nichts gelehrt haben würde, als was sich von selbst verstand.

Es gibt nun zwar einige Stellen des römischen Rechts, welche die Vertheidiger der gemeinen Meinung zur Unterstützung derselben angeführt haben, sie lassen sich aber sämmtlich mit leichter Mühe widerlegen.

1) Eine Stelle des Tryphoninus[31]) beweist nicht, was sie beweisen soll, sondern eher das Gegentheil. Nach dieser Stelle muß der Schuldner, der seines Gläubigers Geschäfte ohne Auftrag verwaltete, nachdem die Schuld fällig geworden, das Capital verzinsen. Er muß dieß nicht, weil hier dies interpellat pro homine, sondern weil er als gestor verbunden war, das fällige Capital einzufordern. Da er es von sich selbst nicht einfordern konnte, so hätte er es als eingegangen in Rechnung bringen müssen. Wenn er dieß nicht gethan hat, muß er Zinsen erlegen, wie ein Fremder

---

[31]) *L. 38. D. de neg. gestis.* Qui sine usuris pecuniam debebat, creditoris sui gessit negotia; quaesitum est, an negotiorum gestorum actione summae illius usuras praestare debeat; dixi si a semetipso exigere eum oportuit, debiturum usuras: quod si dies solvendae pecuniae tempore, quo negotia gerebat, nondum venerat, usuras non debiturum: sed die praeterito, si non intulit rationibus creditoris, cujus negotia gerebat, eam pecuniam a se debitam merito: usuras bonae fidei judicio praestaturum.

sie würde haben erlegen müssen, wenn das Capital nach der Verfallzeit von ihm vergebens gefordert wäre.

Ferner hat man sich zur Begründung der gemeinen Meinung 2) auf folgende Stelle des Paulus berufen:

L. 84. D. de Verb. Obl.

Si insulam fieri stipulatus sim, et transierit tempus, quo potueris facere: quamdiu litem contestatus non sim, posse te facientem liberari placet: quod si jam litem contestatus sim, nihil tibi prodesse, si aedifices.

Diese Stelle soll beweisen, daß, wenn die Zeit der Erfüllung vorgeschrieben gewesen, bis zur Litiscontestation eine purgatio morae Statt finde, woraus sodann sonnenklar folge, daß es an dem Daseyn der mora selbst nicht gefehlt haben könne, als welche mit dem Ablauf des bestimmten Zeitraums von selbst eingetreten sey. Gegen die Richtigkeit der Schlußfolge würde freilich nicht das Geringste zu erinnern seyn; es fehlt nur an der Wahrheit des Vordersatzes. Denn es ist eine falsche Voraussetzung, daß hier von einer purgatio morae die Rede seyn sollte. Paulus lehrt bloß, daß Einer, der sich verbindlich gemacht hat, für den Anderen ein Gebäude aufzuführen und der zur rechten Zeit nicht gebaut hat, auch noch in der Folge bauen könne. Der Rechtssatz, den Paulus hier aufstellt, beruht, wie es mir scheint, auf dem allgemeinen Grundsatz, daß derjenige, welcher zu einer gewissen Zeit oder binnen einer solchen etwas in die Wege zu richten verbunden war, unter Vorbehalt der Entschädigung dafür, daß er nicht zur bestimmten Zeit geleistet hat, der Verbindlichkeit selbst auch noch in der Folge sich entledigen könne. Dieß beschränkt sich nicht auf Fälle, da mora eingetreten ist, sondern findet

überhaupt Statt, wenn Jemand die Erfüllung über die Zeit, da er sie durch Vertrag, Gesetz u. s. w. zu beschaffen verbunden war, verspätet hat. Ihm lag im Grunde eine doppelte Verbindlichkeit auf, nämlich einmal, dieß oder jenes zu bewerkstelligen, und dann, es zu dieser oder binnen dieser Frist zu thun. Die Zeit kann er nicht wieder einholen und also die, wenn ich sie so nennen darf, Nebenverbindlichkeit nicht erfüllen. Aber die Hauptverbindlichkeit kann er noch immer erfüllen und sich dadurch von der Entschädigung dafür, daß er überhaupt nicht erfüllt hat, frei machen; es müßte denn der Gläubiger durch die Schuld des Anderen in eine Lage gekommen seyn, daß er keinen Gebrauch weiter davon machen kann [31]). Erst wenn der Gläubiger wegen Nichterfüllung des Contracts auf id quod interest Klage erhoben, setzt die erfolgte Litiscontestation, nach der Natur des alten römischen Prozesses [32]), dieser Macht ein Ziel. Daß die Entscheidung des Paulus mit der mora nichts zu thun habe, wenigstens nichts ihr Eigenthümliches sey, erhellet ganz deutlich aus einer Stelle des Venulejus [33]). Moram purgare oder emendare heißt ja nichts anders, als daß der Schuldner durch spätere Handlungen die mora wieder austilgt, so daß er von jetzt an nicht mehr in mora ist, welches schon dadurch geschieht, daß er sich bereit erklärt, jetzt zu zahlen [34]). Dadurch vertauschen beide die Rollen und da bisher der Schuldner in

---

[31]) L. 24. §. 4. D. Locati.

[32]) *Magni* differentiae lib. 1. cap. 16. *Otto* thesaurus tom. 3 pag. 284.

[33]) L. 137. §. 3. D. de Verb. Oblig. S. auch L. 24. §. 4. D. Locati.

[34]) L. 73. §. ult. D. de Verb. Obl. L. 91. §. 3. D. eod. L. 72. §. 1. D. de solut.

mora war, kömmt durch jenes Erbieten, durch jene interpellatio reciproca, der Gläubiger, wenn er die Annahme ohne rechtmäßigen Grund verweigert, hinein, welches sich im Verlauf der Zeit wieder ändern kann. Ein solches Erbieten kann in Hinsicht auf die Vergangenheit nicht wirken, kann nur in Hinsicht auf die Zukunft von Folgen seyn, und wenn jener Grundsatz, daß die Litiscontestation jener Macht ein Ziel setzt, auf die mora anwendbar wäre, so würde er nur auf beide gleich anwendbar seyn.

3) Die wichtigste Stelle scheint folgende zu seyn:

L. 114. D. de Verb. Obl.

Si fundum certo die praestari stipuler et per promissorem steterit, quominus eo die praestetur, consecuturum me, quanti mea intersit, moram factam non esse.

Es ist hier von einer obligatio faciendi (nämlich fundum, nicht *dandi*, sondern *praestandi*) die Rede [35]), die durch Stipulation hervorgebracht und zur bestimmten Zeit nicht erfüllt, den Promittenten zur Leistung des Interesse — quanti interest, moram factam non esse — verpflichtet [36]).

[35]) *Magni* different. jur. civ. lib. 2. cap. 11. *Marmann* thes. tom. 3. p. 311. sq.

[36]) *L.* 11. *D. de re jud.* Si calendis fieri aliquid stipulatus sum, nempe quandocunque post calendas accepto judicio, tanti tamen aestimanda lis est, quanti interfuit mea, calendis id fieri: ex eo enim tempore quicquid aestimatur, quod novissime solvi poterit. *L.* 59. *D. de Verb. Obl.* Quotiens in diem vel sub conditione oleum quis stipulatur: ejus aestimationem eo tempore spectari oportet, quo dies obligationis venit, tunc enim ab eo peti potest. Alioquin alias rei captio erit. *L.* 60. *D. eod.* Idem erit, et si Capuae certum olei pondo

Der Ausdruck mora wird hier in uneigentlicher Bedeutung gebraucht für bloßes Verschieben, wie dieß auch bei anderer Gelegenheit geschieht [37]). Daß hier von keiner eigentlichen mora die Rede war, geht deutlich daraus hervor, daß der Promittent an demselben Tage, da er das Versprochene zu leisten sich verbindlich gemacht hatte, noch nicht in mora seyn konnte, da ihm vielmehr dieser ganze Tag noch zu Gute kommen mußte. Nein, nicht wegen der mora, sondern wegen Verletzung der übernommenen Verbindlichkeit konnte das Interesse gefordert werden.

4) Ein Paar andere Stellen sind von geringerem Belange:

a) *L.* 135. §. 2. *D. de Verb. Obl.*

Seja cavit *Lucio Titio, quod mandante eo hortos emisset, cum pretium omne cum usuris ab eo recepisset, se in eum proprietatem hortorum translaturam;* deinde in continenti inter utrumque convenit, *ut intra Calendas Apriles primas universam summam mandator numeraret et hortos acciperet.* Quaeritur, cum ante Calendas Apriles non omne pretium cum usuris a *Lucio Titio* Sejae solutum sit, interposito tamen modico tempore reliquum pretium cum usuris Sejae *Titius* solvere paratus fuerit, neque Seja accipere voluit et usque in

---

dari quis stipulatus sit: nam *ejus temporis fit aestimatio, cum peti potest:* peti autem potest, quo primum in locum perveniri potuit. Nach §. 2. J. de Verb. Obl. würde dieß aber dahin zu berichtigen seyn, daß an jenem Tage selbst noch nicht gefordert werden kann. S. auch L. 42. D. de Verb. Obl.

[37]) L. 2. §. ult. D. de eo quod certo loco.

hodiernum [38]) per *Titium* non stet, quominus reliquum solveret: an nihilo minus *Lucius Titius* Sejae universam pecuniam solvere paratus sit, ex stipulatu agere possit? Respondit, posse, si non multo post obtulisset, nec mulieris quicquam propter eam moram interesset: quod omne ad judicis cognitionem remittendum est.

b) *L.* 22. *D. de rebus cred.*

Vinum, quod mutuum datum erat, per judicem petitum est. Quaesitum est, cujus temporis aestimatio fieret: utrum cum datum esset, an cum litem contestatus fuisset, an cum res judicaretur? Sabinus respondit, si dictum esset, quo tempore redderetur, *quanti tunc fuisset: si non, quanti tunc, cum* petitum esset. Interrogavi, cujus loci pretium sequi oporteat? Respondit, si convenisset, ut certo loco redderetur, quanti eo loco esset: si dictum non esset, quanto ubi esset petitum.

Auch diese Stellen beweisen weiter nichts, als daß derjenige, welcher zu einer bestimmten Zeit etwas zu leisten versprochen hat, den Vertrag verletzt, wenn er — auch unaufgefordert — das Versprochene nicht leistet, daß er die Folgen seiner widerrechtlichen Handlung übernehmen und, so viel möglich, wieder gut machen, daß er bewirken muß, daß der Gläubiger dadurch keinen Schaden an seinem Vermögen leide, daß er ihn entschädigen muß — nicht aber beweisen sie, daß dieß *mora* sey.

---

[38]) Nach Art der Griechen ist dies ausgelassen, *Augustini* emendat. lib. 2. cap. 1. (*Otto* thes. tom. 4. p. 1465.)

Ferner 5) wenn Jemand eine Sache, namentlich ein Grundstück, verkauft hat, dem Handel die lex commissoria hinzugefügt und der Vertrag zur bestimmten Zeit nicht erfüllt ist; dann bedarf es zwar keiner Interpellation, damit derjenige, zu dessen Besten sie eingegangen ist, z. B. der Verkäufer, von der lex commissoria Gebrauch machen könne, aber nicht, weil dies interpellat pro homine, sondern — weil es keiner mora bedarf. Nach dem Willen der Contrahenten soll der Vertrag nicht länger verbindlich seyn, wenn der Eine zur bestimmten Zeit ihn nicht erfüllt hat. Nun hat er ihn zur bestimmten Zeit nicht erfüllt, folglich ist sein Recht aus dem Vertrage verwirkt. Die nachtheiligen Folgen der Nichterfüllung knüpfen sich an die zur Erfüllung vorgeschriebene Zeit und müssen mit ihrem Ablauf nothwendig von selbst eintreten [39]).

Dieß wird auch durch folgende Entscheidung bestätigt. Jemand hatte gewisse Waaren verkauft und sich dabei verbindlich gemacht, wenn er die Waaren zu einer bestimmten Zeit nicht liefern würde, eine Summe Geldes als Strafe zu erlegen. Nun entstand die Frage, da der Verkäufer nicht eingehalten hatte, ob der Käufer, neben der verwirkten Strafe, Zinsen des von ihm für nicht erhaltene Waaren bezahlten Kaufgeldes fordern könne. Der Rechtsgelehrte sagt ja; wahrscheinlich weil beide Forderungen auf einem ganz verschiedenen Grunde beruhen; nämlich die Strafe mußte der Verkäufer erlegen, weil er die Waaren

[39]) *L. 4. §. 4. D. de lege commissoria. Marcellus* libro vicensimo dubitat, commissoria utrum tunc locum habet, si interpellatus non solvat, an vero si non obtulerit? Et magis arbitror, offerre eum debere, si vult se legis commissoriae potestate solvere: quod si non habet, cui offerat, posse esse securum.

nicht zur bestimmten Zeit dem Käufer überliefert hatte; Zinsen mußte er entrichten, weil der Käufer den Gebrauch des Geldes entbehrt hatte. Dabei ist nun wohl zu bemerken, daß der Rechtsgelehrte dem Gläubiger die poena conventionalis ohne Weiteres zuspricht; denn mit dem Ablauf des bestimmten Tages war der Contract verletzt und sie verwirkt; hingegen die Zinsen spricht er ihm zu *post moram intercedentem*, und das kann hier schlechterdings nichts anders heißen, als von dem Augenblick an, da das Capital zurück gefordert ist [40]).

Es ist ein Irrthum, wenn die Verwirkung der Conventionalstrafe zu den Folgen der mora gerechnet wird. Die Conventionalstrafe wird nicht wegen der mora, sondern wegen Nichterfüllung des Vertrags verwirkt. Dieß wird durch eine Stelle des Paulus außer Zweifel gestellt, wornach die Conventionalstrafe mit dem Ablauf des Tages verwirkt wird, obgleich der Promittent vor dem bestimmten Tage gestorben und die Erbschaft nicht angetreten ist [41]).

---

[40]) *L. 47. D. de act. emt. et vend. Lucius Titius*, accepta pecunia ad materias vendendas sub poena certa, *ita ut, si non integras repraestaverit intra statuta tempora, poena conveniatur*, partim datis materiis, decessit: cum igitur testator in poenam commiserit, neque heres ejus reliquam materiam exhibuerit, an et in poenam, et in usuras conveniri possit: praesertim cum emptor mutuatus pecuniam usuras gravissimas expendit? *Paulus* respondit, ex contractu, de quo quaeritur, etiam heredem venditoris in poenam conveniri posse; in actione quoque ex empto officio judicis, post moram intercedentem, usurarum pretii rationem haberi oportere.

[41]) *L. 77. D. de Verb. Oblig.* Ad diem sub poena pecunia promissa, et ante diem mortuo promissore committetur poena, licet non sit hereditas ejus adita.

Konnte hier wohl von Verschuldung und von mora die Rede seyn? Und dennoch muß die versprochene Strafe erlegt werden.

Daß eine versprochene Conventionalstrafe auch ohne Mahnung verwirkt sey, hat auch Justinian zum Ueberfluß ausdrücklich bestimmt. Justinian entschied, daß, wenn Jemand zu einer bestimmten Zeit etwas zu geben oder zu leisten versprochen hat und er sein Versprechen unerfüllt läßt, die für den entgegengesetzten Fall verabredete Strafe, zu der er sich verbindlich gemacht, von ihm gefordert werden kann, obgleich er nicht an die Erfüllung erinnert oder darum gemahnt worden, und als Grund wird hinzugesetzt: Cum ea, quae promisit, ipse in memoria sua servare, non ab aliis sibi manifestari debeat poscere [42]).

Den Grundsatz, daß es bei einem bestimmten Zahlungstage keiner Mahnung bedürfe, bringt Justinian dann auch bei der Emphyteusis zur Anwendung. Wer mit dem Canon drei Jahre nach einander im Rückstande bleibt, hat auch ungemahnt die Emphyteusis verwirkt: cum neminem (setzt Justinian hinzu) oporteat conventionem vel admonitionem expectare, sed ultro sese offerre et debitum spontanea voluntate persolvere, secundum quod et anteriore lege nostri numinis generaliter cautum est. Man sieht also, wenn überhaupt daran gezweifelt werden könnte, daß es keineswegs die bloße Conventionalstrafe war, in Ansehung deren der Grundsatz gelten sollte, daß es bei einem bestimmten Zahlungstage keiner Mahnung bedürfe. Die nachtheiligen Folgen, die mit der Verletzung des Vertrags verbunden sind, treten ipso jure ein; damit

---

[42]) L. 12. C. de contrah. stipulat.

ist aber nicht gesagt, daß auch *mora* mit den Wirkungen, die sie in ihrem Gefolge hat, ipso jure eintreten sollte. Diese kann immer nur durch das nach dem Zahlungstage geäußerte Verlangen nach einer zu dieser Frist zu leistenden Zahlung, also durch Interpellation, nicht aber von selbst, durch bloße Erinnerung daran, daß der Zahlungstag eingetreten sey, deren es nicht bedarf (es müßte denn Forderung in diese Gestalt sich kleiden), hervorgebracht werden.

Nach römischem Recht bedarf es also keiner Mahnung, wenn ein dies solutionis vorgeschrieben, nämlich um die nachtheiligen Folgen hervorzubringen, welche die Uebertretung der Pflicht, an diesem Tage zu zahlen, nach Gesetz oder Vertrag mit sich führt. Daß es aber keiner Mahnung bedürfen sollte, um mora hervorzubringen, daß jener Grundsatz des römischen Rechts: sine interpellatione mora non contrahitur, hier auf einmal umgestoßen seyn sollte, während er in den Pandecten an so vielen Stellen, theils ausdrücklich, theils durch die That ausgesprochen, stehen geblieben, das glaube ich nicht und glaube es um so weniger, da selbst das, was Justinian verordnet, nur eine Wiederholung dessen ist, was auch schon dem ältern römischen Recht gemäß war und hier allenfalls nur über allen Zweifel gestellt oder vielmehr nur auf zweifelhafte Fälle angewandt wird.

Der Rechtssatz: dies interpellat pro homine, beruht auf einem Mißverständniß, welches auf die Rechnung des canonischen Rechts kömmt. Das canonische wendet die zuletzt erwähnte Verordnung des römischen Rechts auf kirchliche Emphyteusen an, nur daß es hier, statt des römischen triennii ein biennium substituirt, aber den römi-

schen Grundsatz, daß bei einer bestimmten Zahlungszeit es keiner Mahnung bedürfe, behält es nicht nur bei, sondern dehnt ihn weit über seine ursprüngliche Bedeutung aus; es spricht in Anwendung auf die Emphyteusis deutlich den allgemeinen Grundsatz aus: *dies statuta interpellat pro homine*[43]). Es steht zwar dabei: *in hoc casu;* diese Worte schränken indessen die Regel nicht auf die Emphyteusis ein, sondern deuten an, daß in allen Fällen dieser Art, da nämlich ein bestimmter Zahlungstag festgesetzt ist, dies interpellat pro homine. Wie läßt sich hier auch eine Einschränkung auf die Emphyteusis denken und worauf sollte sich eine solche Einschränkung stützen? Einen Grund muß sie doch haben und welcher wäre das? Ich wüßte keinen. Ein Grundsatz dieser Art, wenn er einmal aufgestellt ist, kann nicht füglich anders, als allgemein gültig seyn. —

Wir sehen also: Die Nichterfüllung eines Versprechens zu einer bestimmten Zeit und mora sind zwei ganz verschiedene Dinge; sie sind durch ihre Natur und Folgen und auch durch die Zeit getrennt. Die mora mit ihren Folgen kann nicht anders und nicht eher entstehen, als wenn der Gläubiger den Schuldner aufgefordert hat, ihn gegenwärtig zu befriedigen. Auch bei betagten Forderungen kann eine mora Statt finden; sie tritt aber nicht mit dem Ablauf des bestimmten Tages ipso jure ein, sondern erst durch Interpellation; während die nachtheiligen Folgen, die aus der bloßen Nichterfüllung vorhergehen, schon von selbst Statt finden. Diese nachtheiligen Folgen sind nach Verschiedenheit der Fälle verschieden, eine allgemeine nachtheilige Folge ist die

---

[43]) Cap. ult. X. de locat. et cond.

Verbindlichkeit, das Interesse zu leisten. Dieselbe entspringt aus jeder widerrechtlichen Handlung oder Unterlassung, namentlich nicht bloß, wenn der Schuldner nicht zur bestimmten Zeit, sondern auch, wenn er nicht am bestimmten Ort geleistet, überhaupt wenn er den Vertrag nicht erfüllt hat. Hingegen die mora entspringt daraus, daß Jemand nach vorgängiger Aufforderung seiner Verbindlichkeit sich nicht entledigt hat.

Also verhält es sich hiermit nach reinem römischen Recht. Allein, veranlaßt durch irrthümliche Auslegungen der Glossographen, scheint das canonische Recht dem bloßen Ablauf des Tages dieselbe Wirkung beigelegt zu haben, welche sonst nur die Interpellation hervorbringt. Es stellt den Grundsatz auf: **Dies interpellat pro homine**, der auch bisher gegolten hat und noch wohl ferner gelten wird. Es wäre also für den Gebrauch des gemeinen Lebens keine Ausbeute hier zu finden. Indessen, Untersuchungen, wie die gegenwärtige, können uns doch dazu dienen, das Gebäude des römischen Rechts näher kennen zu lernen; sie können uns in einzelnen Theilen desselben zur helleren Einsicht, bei einzelnen Stellen zum besseren Verständniß verhelfen, und so können sie am Ende auf diesem Wege selbst für den Gebrauch von einem, wenn auch nur mittelbaren, Nutzen seyn.

III.

Von den Fällen, da ein Urtheil auch für einen Dritten, der an dem Streit keinen Theil nahm, Gesetz und Wahrheit ist.

(Im Oktober 1833.)

§. 1.

Die Regel: Res inter alios judicata tertio nec nocet, nec prodest, deren Bedeutung, Umfang und Grund.

Es ist ein bekannter, in der Natur der Sache gegründeter, in vielen Stellen des römischen und canonischen Rechts ausgesprochener Grundsatz: **Res inter alios judicata tertio nec nocet, nec prodest** [1]. Selbst, wenn der jetzige Fall einem früheren ähnlich wäre, kann das Urtheil, was in dem früheren Streit ergangen ist, auf den späteren keinen Einfluß haben [2]. Mag auch alles Uebrige gleich gewesen seyn,

---

[1]) L. 63. D. de re judicata. L. 16. D. Qui pot in pign. L. 1. D. de exc. rei jud. L. 14. §. 1. D. de appellat. c. 17. X. de sent. et re jud. c. 25. X. eod. Besonders deutlich wird er im Codex ausgesprochen, der einen eigenen, bloß dieser Materie gewidmeten Titel enthält. *L. 2. C. Quibus res judicata non nocet.* Res inter alios judicatae neque emolumentum afferre his, qui judicio non interfuerunt, neque praejudicium solent irrogare: ideoque nepti tuae praejudicare non potest, quod adversus cohaeredes ejus judicatum est: si nihil adversus ipsam statutum est.

[2]) *L. 3. C. Quibus res jud. non nocet.* Juris manifestissimi est, et in accusationibus his, qui congressi in judicio non sunt, officere non posse, si quid forte praejudicii videatur oblatum.

genug, daß andere Personen gestritten haben; durch die Veränderung der Personen wird der Fall ein anderer [3]). Damit ein Urtheil Jemanden entgegengesetzt werden könne, wird Identität der Personen — und des Objects vorausgesetzt [4]). Auch die enge Verbindung zwischen den Personen, die vormals gestritten haben und jetzt streiten, oder zwischen den Sachen, worüber früher gestritten ward und jetzt wird, kommt, der Regel nach, nicht in Betrachtung, und dem Erben ist z. B. das Urtheil nicht nachtheilig, was gegen den Miterben gesprochen ist [5]).

Zwar die Kraft eines Urtheils, wogegen kein Rechtsmittel weiter Statt findet, ist groß; es weicht nur dem vorhergehenden Gesetz [6]) und überwindet das nachfolgende [7]). Die Rechtsgelehrten erzählen ganz außerordentliche Dinge, ja wahre Wunder davon [8]), aber es beschränkt sich damit auf die Personen der streitenden Theile; so weit geht es nicht, daß Einer oder der Andere von ihnen das Urtheil auch einem Dritten entgegenhalten und Schutz dadurch gegen ihn finden könnte. Es kann wohl, wenn bloß von natürlichen Folgen der Dinge die Rede ist, einem Dritten zum Vortheil oder Schaden gereichen, daß eine gewisse Sache so oder anders entschieden wird, ohne daß dieser sich dagegen auflehnen könnte; aber davon ist hier nicht die Rede; die Bedeutung jener Regel ist vielmehr, ein Urtheil kann für einen Dritten nicht maßgebend seyn; es ist keine Wahr-

---

[3]) L. 22. D. de exc. rei jud.

[4]) *Leyser* spec. 471. med. 7.

[5]) L. 2. C. Quibus res jud. non nocet. L. 63. D. de re jud. L. 15. §. 2. L. 16. pr. D. de inoff. testam.

[6]) L. 2. C. Quando provocare non est necesse.

[7]) *Leyser* spec. 470. med. 2.

[8]) *Leyser* c. l. med. 1.

heit, die auch der Dritte gegen sich gelten lassen müßte; sie gilt nur unter den streitenden Theilen. Nur über ihre Rechtsverhältnisse wollte der Richter für jetzt entscheiden und dieß liegt gewöhnlich schon in den Ausdrücken, indem er z. B. den Beklagten für schuldig erklärt, dem Kläger dieß oder jenes zu leisten; nur über ihre Rechtsverhältnisse und die dabei zum Grunde zu legenden Regeln konnte für jetzt entschieden werden. Selbst wenn der Richter einen allgemeinen Satz ausgesprochen hätte, der, wenn er für wahr und ausgemacht angenommen würde, auch für Andere von Folgen seyn und dem Sieger Rechte auch gegen Andere verleihen würde, wenn er z. B. dem einen streitenden Theil das Eigenthum einer gewissen Sache zuerkannt hätte, so würde auch dieß nur unter den streitenden Theilen für eine ausgemachte Wahrheit gelten können, und nur der Gegner, der es ihm streitig gemacht hatte, würde das Eigenthum anerkennen müssen. Die Alten waren hierüber zum Theil anderer Meinung. Denn einige nahmen an, ein Urtheil, was nicht auf gewisse Personen beschränkt sey, sondern einen allgemeinen Satz aufstelle, eine sententia declaratoria, wie sie es nannten, gelte nicht bloß unter den streitenden Theilen, sondern schade auch einem Dritten; allein schon Leyser hat die treffende Bemerkung gemacht, daß, wenn man diese Einschränkung gelten läßt, es um die Regel geschehen ist [9]). In der That wird sie dadurch dem Zufall oder der Willkühr des Richters Preis gegeben. Das Urtheil schadet dem Dritten oder nicht, je nachdem das Urtheil so oder anders eingekleidet ist. Dieß war gewiß nicht die Meinung des römischen Rechts, als

[9]) *Leyser* spec. 471. med. 8.

es den Satz aufstellte: Res inter alios judicata tertio nec nocet, nec prodest. Es würde, um bei dem vorigen Beispiel zu bleiben, dessen auch die Alten hier besonders gedenken, alles Eigenthum unsicher machen. Denn wenn zwei Personen sich einander das Eigenthum einer Sache streitig machten, die einem Dritten gehörte, und der Richter nun den Ausspruch thäte, das Eigenthum stehe z. B. dem Kläger zu, so müßte der wahre Eigenthümer, wiewohl ihm nicht einmal die Gelegenheit gegeben war, von den Mitteln, wodurch er am Besten das Gegentheil zeigen konnte, Gebrauch zu machen, sich dieß gefallen lassen, da er es vermöge jener Regel nicht nöthig hat [10]). Ueberhaupt, sollte ein Urtheil für Alle bindend seyn, so würde daraus die Folge entstehen, daß Jemand ungehört seines Rechts beraubt oder ungehört verurtheilt werden könnte, daß er in einem Streit überwunden werden könnte, in dem er nicht mitgestritten hat, und dieß würde eben so seltsam und so ungerecht seyn, als wenn er an einem Siege Theil nehmen wollte, den er nicht miterkämpft hat. Die Rechtsgelehrten pflegen einen anderen Grund anzugeben; sie pflegen sich hier auf die Rechtsregel zu berufen: Aliis per alium iniqua conditio inferri nequit. Ich weiß nicht, ob gerade diese Regel hieher gehört. Indessen so viel ist wohl richtig, daß so wenig, wenn Personen mit einander Verträge schließen, diese zum Nachtheil der Rechte eines Dritten gelten können, eben so wenig darf dasjenige dem Dritten zum Nachtheil gereichen, was unter Auctorität des Richters unter ihnen festgestellt ist. So wenn von zwei Miteigenthümern der

---

[10]) Meine Lehre vom Eigenthum §. 49.

eine bei Gericht gegen den anderen auf Theilung dringt und der Richter einem jeden einen gewissen Theil des Grundstücks als den seinigen zuspricht, kann dieß nicht zum Nachtheil des Dritten gereichen, dem der Erblasser des einen an seinem ideellen Antheil einen Nießbrauch bestellt hatte; das Recht desselben an der ideellen Hälfte dauert unverändert fort [11]). Aber auf die gewöhnlichen Fälle, da ein Richter einen Streit entscheidet und was unter den streitenden Theilen den Gesetzen gemäß sey, urtheilt, scheint dieß nicht recht zu passen. Doch ist im römischen Recht zwischen diesen Fällen kein Unterschied gemacht; die Rechtsregel wird auch in Fällen der vorigen Art für gültig anerkannt [12]). Ueberhaupt will ich nicht sagen, daß nicht der von den Rechtsgelehrten angegebene Grund der echt römische sey. Dieser Grund liegt im Geist des römischen Rechts, der zuerst angegebene mehr in der Natur der Sache.

---

[11]) *L.* 31. *D. de usu et usufructu, et reditu, et habitatione et operis, per legatum vel fideicommissum datis.* Is qui fundum tecum communem habebat, *usumfructum fundi uxori legaverat*, post mortem ejus tecum heres arbitrum communi dividundo petierat. *Blaesus* ait, *Trebatium* respondisse, si arbiter certis regionibus fundum divisisset, ejus partis, quae tibi obtigerit, usumfructum mulieri nulla ex parte deberi: sed ejus, quod heredi obtigisset, totius usumfructum eam habituram. Ego hoc falsum puto. Nam cum ante arbitrum communi dividundo conjunctus pro indiviso ex parte dimidia totius fundi ususfructus mulieris fuisset: non potuisse arbitrum, inter alios judicando, alterius jus mutare. Quod et receptum est.

[12]) S. die vorige Note.

§. 2.

Ausnahmen von der Regel.

Die Regel: **Res inter alios judicata tertio nec nocet, nec prodest**, leidet eine Menge von Einschränkungen und Ausnahmen, die theils wirklich, theils scheinbar, theils echt, theils unecht sind. Von ihnen soll nun ausführlich die Rede seyn.

Zuvörderst versteht es sich, daß jene Regel auf solche Fälle keine Anwendung finden könne, in welchen der eine streitende Theil in unserem Auftrage gestritten hat, mag dieser Auftrag dem Streit vorhergegangen oder als Genehmigung nachgefolgt seyn [13]), überhaupt nicht auf Fälle, da der Andere, entweder nach unserem Willen oder vermöge des Gesetzes unsere Sache zu führen, den Beruf hatte. In solchen Fällen ist gar nicht die Rede davon, daß ein Urtheil für einen Dritten maßgebend seyn soll, sondern es soll denjenigen verbinden, gegen den es gesprochen ist.

Zu den Personen, welche, indem sie klagen oder sich vertheidigen, unsere Sache führen, kann aber der Ehemann, dessen Leyser hier gedenkt [14]), nicht gerechnet werden; wenn er über Dotalsachen streitet, führt er nicht die Sache der Frau, sondern seine eigene. Die Gegenstände, über die er streitet, befinden sich, wenn gleich die Frau die Aussicht hat, daß sie nach der Trennung der Ehe an sie zurückfallen werden, für jetzt in seinem Eigenthum. Der Mann hat den Brautschatz nicht während der Ehe bloß zu verwalten, sondern er gehört ihm [15]).

---

[13]) L. 1. C. Quibus res jud. non nocet.

[14]) *Leyser* spec. 471. med. 4. et 5.

[15]) Wollte man dem Mann bloße Verwaltung beilegen, so würde gerade dieß der Meinung im Wege

§. 3.

Fortsetzung.

Donellus[16]) stellt fünf Ausnahmen auf von jener Regel:

Die erste betrifft die Popularklagen[17]). Es kann nämlich nach römischem Recht in gewissen Fällen, wo die allgemeine Wohlfahrt oder die öffentliche Sicherheit gefährdet ist, jeder aus dem Volk als Rächer und Kläger auftreten[18]). Von diesen Klagen steht geschrieben, sie stehen Allen zu[19]), aber wenigstens können Alle sie anstellen oder vielmehr Einer von Allen, irgend einer aus dem Volk. Denn es sind hier nicht mehrere Klagen, die Mehreren zustehen, sondern nur eine, die auch nur von Einem

---

seyn, die Leyser aufstellt, daß es der Frau nicht schadet, wenn im Streit mit dem Ehemann das Eigenthum der zum Brautschatz gegebenen Sache einem Dritten zuerkannt ist und sie, wenn sie diese Sachen vom dritten Besitzer als die ihrigen zurückfordert, die exceptio rei judicatae nicht fürchten darf. Vom Ehemann lehrt nämlich Leyser (spec. 471. med. 5.), wenn er über Dotalsachen streitet, müsse die Frau ihre Zustimmung geben, indem dieß ja auch bei Kindern gilt, die sich unter der väterlichen Gewalt befinden, wenn der Vater über Sachen streitet, die zu ihrem peculio adventitio gehören; habe sie ihre Zustimmung nicht gegeben, so sey das gegen den Mann gesprochene und in Rechtskraft geschossene Urtheil — ein seltsamer Ausdruck! den ich hier bei Leyser zum ersten Mal finde und der von Pflanzen entlehnt zu seyn scheint, die in Saat geschossen sind — für die Frau res inter alios acta.

[16]) Com. jur. civ. lib. 27. p. 416 sq.

[17]) L. 3. pr. D. de popul. act. L. 3. §. 12. D. de libero homine exhibendo.

[18]) L. 1. §. 1. D. de his, qui effuderint.

[19]) L. 9. §. 3. D. de libero homine exh.

angestellt werden kann. Der erste, welcher klagt, schließt durch sein Zuvorkommen die übrigen aus. Hat daher einer aus dem Volk bereits Klage erhoben und z. B. das interdictum de homine libero exhibendo angestellt, und nun tritt ein Anderer auf und klagt mit derselben Klage, dieser kommt zu spät und muß, wenigstens der Regel nach, zurücktreten [20]). Der Eine, welcher klagt, führt nach Donellus die Sache des Volks [21]), und folglich würde nach ihm jedem folgenden Kläger, der auch nur dieselbe Sache führte, exceptio rei judicatae entgegen stehen [22]).

Was nun von Popularklagen gilt, dasselbe gilt, nach Donellus, in einem noch höheren Grade, wenigstens der Regel nach, von Anklagen, welche die zweite Ausnahme bilden [23]). Beide diese Ausnahmen sind also, nach Donellus, nur scheinbar. Mir will es scheinen, als ob die Popularklagen, wie die Anklagen, überhaupt gar nicht hieher gehörten. Denn, wenn einer aus dem Volk geklagt hat und den übrigen zuvorgekommen ist, so steht den übrigen überhaupt kein Recht zu klagen weiter zu. Jener führt auch nicht die Sache des Volks, sondern seine eigene; die *poena*, worauf er klagt, kommt ihm zu Gute und er ist daher, nach der Litiscontestation, als

---

[20]) L. 3. §. 13. D. eod. Treten Mehrere zu gleicher Zeit auf und wollen klagen, so wählt der Prätor einen aus und zwar gibt er demjenigen den Vorzug, von welchem er es, nach den Umständen, am angemessensten findet, daß er Kläger sey, dem besonders daran gelegen oder der vor Anderen tauglich ist. L. 2. D. de popular. act. L. 3. §. 1. D. eod. L. 3. §. 12. D. de libero homine exh.

[21]) L. 1. D. de popul. act. L. 43. §. 2. D. de procurat.

[22]) *Donellus* c. l.

[23]) L. 7. §. 2. D. de accusat.

Gläubiger anzusehen [24]). Also nicht durch die res judicata, sondern durchs Zuvorkommen ist jeder Andere von der Sache ausgeschlossen, die seit der Litiscontestation die ausschließlich eigene des Klägers geworden ist.

Die dritte Ausnahme betrifft die Testamente, über deren Gültigkeit der eingesetzte mit dem Intestat-Erben gestritten hat. Die Entscheidung gereicht auch zum Vortheil oder Schaden des Vermächtnißnehmers, obgleich er an dem Streit keinen Theil genommen hat [25]).

---

[24]) L. 12. D. de Verb. Sign.

[25]) Diesen Nachtheil von sich abzuwenden, darf, nach Marcianus, der Vermächtnißnehmer von dem Urtheil, was gegen den eingesetzten Erben gesprochen ist, sich an den höheren Richter berufen, wenn beide streitende Theile zu seinem Nachtheil falsches Spiel mit einander gespielt haben, auch wenn er es nur besorgt; imgleichen wenn der Erbe, nach Ergreifung der Appellation, damit ihm das Vermächtniß nicht zu Theil werde, auch, wenn er, ohne zu appelliren, sich mit dem Gegner verglichen hat; er darf endlich, wenn der Erbe appellirt hat, bei dem höheren Richter die Sache des Erben (des eingesetzten) führen; das Letztere darf er, wenn er besorgt, daß der Erbe sich der Sache nicht getreulich annehmen werde, auch bei dem Unterrichter. *L. 29. pr. D. de inoff. testam.* Si suspecta collusio sit legatariis inter scriptos heredes, et eum, qui de inofficioso testamento agit: adesse etiam legatarios, et voluntatem defuncti tueri, constitutum est: eisdemque permissum est etiam appellare, si contra testamentum pronuntiatum fuerit. *L. 5. D. de appellat. et relat.* A sententia inter alios dicta appellari non potest, nisi ex justa causa. Veluti si quis in cohaeredum praejudicium se condemnari patitur, vel similem huic causam; quamvis et sine appellatione tutus est cohaeres. Item fidejussores, pro eo, pro quo intervenerunt. Igitur et venditoris fidejussor emptore victo appellabit, licet emptor et venditor adquiescant. §. 1. Si haeres institutus victus fuerit ab eo, qui de inofficioso testamento agebat, legatariis et qui libertatem acceperunt, per-

In Folge dessen muß er sogar, wenn das Urtheil (Folgeweise) zu seinem Nachtheil gereicht, was er etwa auf das

---

mittendum est appellare, si quaerantur, per collusionem pronuntiatum, sicut *Divus* rescripsit. §. 2. Idem rescripsit, legatarios causam appellationis agere posse. §. 3. Sed et si in fraudem suam transactionem factam ab eo, qui appellasset, dicerent, idem dicendum est. §. 4. Sed et si sine appellatione si fuerit transactum, similiter rescriptum est. *L.* 14. *pr. D. eod.* Si perlusorio judicio actum sit, adversus testamentum, an jus faciat judex, videndum. Et *Divus Pius*, cum inter conjunctas personas diceretur per collusionem in necem legatoriorum et libertatium actum, appellare eis permisit. Et hodie hoc jure utimur, ut possint appellare: sed et agere causam apud ipsum judicem, qui de testamento cognoscit, si suspicantur non ex fide haeredem causam agere. Er darf also m. a. W. in den Streit über die Gültigkeit des Testaments interveniendo sich mengen. Das Interesse, was er bei dem Streit zwischen dem eingesetzten und gesetzlichen Erben hat, liegt so nahe und der Streit greift so sehr in seine eigenen Rechte ein, daß er ohne Weiteres, ohne allen sonstigen Grund in diesem Streit als interventor auftreten kann. *L.* 4. §. 2. *D. de appellat. et relat.* Alio condemnato, *is, cujus interest, appellare potest*, qualis est, qui per procuratorem expertus, victus est, nec procurator suo nomine appellet. *L.* 2. §. 1. *D. Quando appellandum sit.* Sed si alius quam qui judicio expertus est, appellet, *qualis est, cujus interest*, an etiam tertia die appellare possit, videamus. Sed dicendum est, secunda die appellare eum debere, qua verum est, *eum suam causam defendere.* Contrarium ei est, si dicat, idcirco sibi licere intra triduum appellare, quia videtur quasi alieno nomine appellare, quando, si velit causam suam alienam videri, semetipsum excludit: quia in aliena causa ei, qui judicio expertus non est, appellare non liceat. *L.* 1. *D. de appellat. recipiendis. Non solent audiri appellantes, nisi hi, quorum interest*, vel quibus mandatum est, vel qui negotium alienum gerunt, quod mox ratum habetur. §. 1. Sed et cum mater filii rem sententia eversam ani-

Vermächtniß schon vor dem Streit empfangen hat, zurückgeben [26]).

---

madverteret, provocaverit, pietati dans, dicendum est, et hanc audiri debere: et si litem praeparandam curare maluerit, intercidere non videtur, licet ab initio defendere non potest. Nach einer Stelle des Ulpian bleibt ein Testament bei Kräften, welches mit der querela inofficiosi angefochten ist, wenn der eingesetzte Erbe nach Anstellung der Klage mit dem gesetzlichen sich vergleicht, und in Folge dessen werden auch die Vermächtnisse aufrecht erhalten. *L.* 29. §. 2. *D. de inoff. test.* Quamvis instituta inofficiosi testamenti accusatione res transactione decisa sit: tamen testamentum in suo jure manet: et ideo datae in eo libertates, atque legata, usque quo *Falcidia* permittit, suam habent potestatem. Damit stimmt es überein, daß überhaupt, wenn über die Gültigkeit eines Testaments gestritten ist, das Urtheil, obgleich es gegen den eingesetzten Erben ausgefallen ist, dem Vermächtnißnehmer nicht schadet, wenn der Erbe, so lange ihm ein Rechtsmittel zu Gebote stand, keinen Gebrauch davon gemacht, also im Prozeß etwas versäumt hat. *L.* 50. §. 1. *D. de legatis* 1. Si hereditatis judex contra heredem pronuntiaverit non agentem causam, vel lusorie agentem, nihil hoc nocebit legatariis. Quid ergo si per injuriam sit pronunciatum, non tamen provocavit? Injuria ei facta non nocebit legatariis, ut et *Sabinus* significat. Si tamen secundum substitutum pronunciet, an ille legatariis teneatur, videamus: et cum jus facit haec pronunciatio, quod attinet ad ipsius personam, numquid legatariis teneatur. Nec enim tam improbe causari potest, secundum se judicatum per gratiam: respondebit igitur et legatariis, ut creditoribus Dem Erben ist es also gar nicht erlaubt, sich zu vergleichen und nicht zu appelliren. Westphal von Vermächtnissen Thl. 2. §. 1355. Zu bemerken ist noch, daß, wenn mit der *querela inofficiosi* ein Testament angefochten und umgestoßen wird, die Vermächtnisse, nach dem neuesten römischen Recht, nicht mit über den Haufen fallen. Nov. 115. Cap. 3 und 4. Daher bedarf es in solchen Fällen jetzt keiner Intervention mehr.

[26]) L. 6. §. 16 et 17. D. de inoff. testam.

Die vierte Ausnahme ist, wenn im Streit zwischen dem Vater und Sohn der Richter den Ausspruch gethan hat, daß dieser wirklich ein Sohn dieses Mannes sey. Dann müssen auch die Verwandten des Mannes ihn für den Ihrigen, ihren Bruder, Oheim, Vetter u. s. w. anerkennen, ohne daß darüber zwischen ihm und ihnen ein neuer Streit Statt finden könnte. Ebenso würde er auch umgekehrt kein Verwandter von ihnen seyn, wenn der Richter den Ausspruch gethan hätte, er sey der Sohn jenes Mannes nicht [27]). Ganz dasselbe galt, — dieß ist die fünfte Ausnahme bei Donellus — wenn über Freiheit und Knechtschaft gestritten ward zwischen dem Herrn und dem Sclaven [28]). Ja, es gilt dieß überhaupt ohne Zweifel in allen Fällen, da über den status Streit gewesen und dieser Streit vom Richter entschieden ist, wie auch die Rechtsgelehrten annehmen. Die rechtskräftigen Urtheile über Fragen, die den Zustand betreffen, machen Gesetz und Recht unter Allen, die es angeht, so daß auch kein Dritter die Wahrheit des Urtheils in Zweifel ziehen und über die schon vormals bestrittene und abgeurtheilte Frage kein neuer Streit sich entspinnen kann [29]). Gerecht oder ungerecht, ist jener Ausspruch für Dritte maßgebend und das Urtheil, was der Richter zwischen dem Kläger und Beklagten gesprochen hat, ist für eine ausgemachte Wahrheit anzunehmen, nicht bloß unter denjenigen, welche den Streit geführt haben, sondern unter Allen. Ob sie von dem Streit, als er geführt ward, und von dem Urtheil, als es gesprochen ward, Kenntniß er-

[27]) L. 1. §. 16. L. 2. L. 3. pr. D. de agn. et al. liberis.

[28]) L. 25. D. de statu homin.

[29]) *Brunnemann* ad L. 25. D. de statu hominum.

langt haben, das kann in anderen Fällen, wovon sogleich die Rede seyn wird, in Betrachtung kommen; hier ist es ein gleichgültiger Umstand.

Diese drei zuletzt erwähnten Ausnahmen verschwinden am Ende auch. In allen diesen Fällen geht das, was vorher entschieden und dritten Personen nachtheilig ist, hauptsächlich jene anderen Personen, sie aber eben so hauptsächlich nicht an; es berührt sie nur in seinen Folgerungen; sie konnten daher diesen Streit nicht führen und müssen sich vielmehr demjenigen unterwerfen, was unter denjenigen, welche die Sache zunächst und hauptsächlich anging, entschieden ist. Es wird hier nämlich vorausgesetzt, daß jener Streit, in welchem die ihnen nachtheilige Entscheidung ergangen ist, *inter legitimos contradictores* geführt und entschieden ist, d. h. unter denjenigen, welche die Hauptsache anging, worüber entschieden ist, die darüber zu streiten von Rechtswegen den eigentlichen Beruf hatten, wie wenn der eingesetzte Erbe an einem Theil mit dem gesetzlichen am anderen, ferner der Herr an einem Theil mit dem Unfreien am anderen gestritten hat. Wenn aber der Vermächtnißnehmer es ist, welcher mit dem Erben gestritten und in diesem Streit der Richter den Ausspruch gethan hat, das Testament ist ungültig, so ist dieser Ausspruch, obgleich von demselben Inhalt, doch nicht von derselben Kraft; er ist nur denen, welche gestritten haben, nicht aber dritten Personen und folglich dem Erben eben so wenig, wie anderen Vermächtnißnehmern, nachtheilig. Auf solche Art sind die hieher gehörigen Stellen, die einander zu widerstreiten scheinen [30]), zu vereinigen.

---

[30]) L. 17. §. 1. D. de inoff. testam. mit L. 1. D. de exc. rei jud.

Abweichend nimmt Perez an, das Urtheil über Präjudicialfragen könne nur in Ansehung desjenigen, gegen den es gesprochen ist, eine Wahrheit begründen, einem Anderen aber, der an dem Streit keinen Theil genommen, eben so wenig zum Vortheil, als zum Nachtheil gereichen [31]. Dieß würde nun zwar der Regel gemäß seyn: **Res inter alios judicata tertio nec prodest, nec nocet**, woraus Perez seine Behauptung auch ableitet — denn er beruft sich auf die Stelle, worin jene Regel recht eigentlich ihren Sitz hat, nämlich auf **L. 2. C. Quibus res judicata non nocet** — allein jene Regel kann auf Fälle, die den Zustand betreffen, keine Anwendung finden. Indessen läßt sich die gewöhnliche Lehre, welche die Rechtswissenschaft dem Scharfsinn des Donellus verdankt, dem ich in Ansehung ihrer gefolgt bin, mit der abweichenden Meinung ausgleichen. Nämlich das Urtheil kann einem Dritten dann nicht nachtheilig seyn, wenn der Streit wiederum hauptsächlich den status betrifft, nicht bloß die Folgen, die für Andere daraus entspringen, wenn also derjenige, welcher den neuen Streit führt, vorausgesetzt, daß ihm die Eigenschaft zukommt, die er sich beilegt, eben so gut oder vielmehr besser den Beruf hat, dem Gegner den status streitig zu machen, den dieser sich beilegt, wie sein Vorgänger, dessen Qualität als diejenige eines **legitimus contradictor** in dem vorigen Streit dadurch nun eben in Zweifel gestellt wird. Das Beispiel, was Perez anführt, gehört ohnehin gar nicht hieher. Denn, wenn zwei Personen darüber gestritten haben, wem ein gewisser Sclave gehöre und dieser Streit vom Richter entschieden ist, so kann

[31]) *Perez* ad C. lib. 7. tit. 16. nr. 17.

kann ein solches Urtheil einen neuen Streit über die andere Frage nicht hindern, ob jener wirklich Sclave gewesen und noch sey [32]). In einem Fall dieser Art hat der vorige Streit den Zustand gar nicht betroffen und es ist über den Zustand gar nicht geurtheilt, sondern Streit und Urtheil betrafen das Eigenthum, dem ein anderer Streit und ein anderes Urtheil über den Zustand hätte vorhergehen müssen, wenn darin der Zustand überhaupt zur Sprache gekommen wäre; jetzt steht kein Hinderniß im Wege, daß er nicht zwischen anderen Personen darauf folgen könnte. Besonders wird auch der angebliche Sclave selbst, über den man, ohne ihn zu fragen, gestritten hat, sich den Zustand eines freien Menschen beilegen können, ohne daß ihm die Einrede des rechtskräftigen Urtheils entgegengesetzt werden könnte.

Wohl aber gehört hieher das zweite von Perez angeführte Beispiel, da es nämlich den vor dem Streit geborenen Kindern nicht schadet, wenn der Mutter der Zustand der Freiheit durch den Richter abgesprochen ist [33]). Durch die Kinder und gegen sie muß quaestio status, wenn es nöthig ist, aufs Neue erregt werden. Donellus selbst lehrt, daß, wenn nicht von Fragen die Rede ist, die von der entschiedenen bloß abhängen, sondern wenn wiederum die Hauptfrage den eigentlichen Gegenstand des Streits ausmacht, der von einem Anderen erregt wird, daß dann das frühere Urtheil auf diesen Streit ohne Einfluß sey [34]). Z. B. es behauptet Jemand, daß Titius sein Sohn sey, und diese Behauptung wird für gegründet erkannt, und nun

[32]) L. 2. C. de liberali causa.

[33]) L. ult. C. de liberali causa.

[34]) *Donellus* c. l. verbis: Dixi, haec ita esse.

tritt ein Anderer auf und legt sich die Vaterschaft bei. Diesem kann das früher ergangene Urtheil nicht entgegengesetzt werden. Eben so ist nach Macer das im früheren Streit über den Zustand der Freiheit ergangene richterliche Urtheil, d. h. wenn die Freiheit den eigentlichen Gegenstand des Streits ausmacht, nur dann dem Dritten nachtheilig, wenn er an dem Streit Theil genommen hat[35]).

§. 4.

Fortsetzung.

Zu den fünf von Donellus angeführten Ausnahmen fügt Brunnemann noch eine sechste hinzu. Nämlich, wenn der Mündel aus dem Vertrage, den der Vater desselben geschlossen, belangt und zur Zahlung verurtheilt ist und nun die Vormünder vom beneficio abstinendi Gebrauch machen und in Folge dessen die Erbschaft an den nachgesetzten Erben oder an die Miterben gelangt, so ist für diesen nachgesetzten Erben, für diese Miterben, mithin für dritte Personen, das gegen den Mündel, nicht gegen sie gesprochene Urtheil verbindlich. Von diesem Fall ist in folgender Stelle der Pandecten die Rede:

L. 44. D. de re judicata.

Ex contractu paterno actum est cum pupilla tutore auctore, et condemnata est. Postea tutores abstinuerunt eam bonis paternis: et ita bona defuncti ad substitutum, vel ad cohaeredes pervenerunt. Quaeritur, an hi ex causa judicati teneantur? Rescripsit, dandam in eos actionem, nisi culpa tutorum pupilla condemnata est[36]).

---

[35]) L. 63. D. de re judicata.

[36]) Diese Stelle beweist, daß, wenn ein heres suus vom beneficio abstinendi Gebrauch macht, die

Soweit die Stelle hieher gehört, soweit nämlich von der Verbindlichkeit des nachgesetzten Erben oder Miterben,

---

Erbschaft an den nachgesetzten Erben gelangt, obgleich jener nach dem Tode des Erblassers Erbe geworden ist; wiewohl mit Theophilus (princ. J. de pupillari substitutione) gegen Anton Faber (Conjectur. lib. 3. cap. 4.) und Cujacius (Obs. lib. 12. cap. 20.), Bartholomäus Chesius das Gegentheil zu behaupten und die gemeine Meinung umzustoßen gesucht hat. *Chesii* interpret. jur. lib. 2. cap. 21. (*Heineccii* jurispr. rom. et att. tom. 2. p. 448 sq.) Die Regel, daß durch die Antretung der Erbschaft die Substitution erlischt (L. 3. C. de impub. et al. subst. L. 5. C. eod.), kann auf Fälle dieser Art keine Anwendung finden, da hier gar nicht von Antretung die Rede ist. Das Nichtantreten eines gewöhnlichen Erben steht hier gleich mit dem Gebrauch des beneficii abstinendi. Beide wollen nicht Erben seyn, nur daß es bei jenem genug ist, wenn er nicht erklärt, daß er Erbe seyn wolle, während dieser erklären muß, daß er es nicht seyn wolle. Sonst könnte auch beim suus für den Fall des Nichtwollens von keiner Substitution die Rede seyn. (Freilich behaupten jene dann aber auch, daß die Substitution, die einem suus geschieht, auf den Fall, da er vor dem Erblasser stirbt, zu beschränken sey.) In dem Fall, wovon hier die Rede war, hatte sich der zum Erben eingesetzte suus, oder vielmehr dessen Vormund, zwar bereits mit der Erbschaft befaßt, indem er mit den klagenden Gläubigern den Streit aufgenommen hatte, der eine ihm nachtheilige Wendung nahm, allein die Einmischung konnte dem suus, da er noch unmündig war, nicht schaden. Denn dem Unmündigen schadet bekanntlich die Einmischung nicht und während der Mündige, der noch minderjährig ist, wenn er sich eingemischt hat, zu dem beneficio abstinendi nur durch den Gebrauch eines anderen, restitutionis in integram nämlich, gelangen kann, steht es dem Unmündigen nach wie vor ipso jure zu. Dem Unmündigen steht das beneficium zu, obgleich er sich eingemischt hat, dem Mündigen nur, wenn er sich nicht eingemischt hat, und nur auf dem Wege der Restitution kann dem Letzteren, wenn er noch minderjährig und die Einmischung in diese Erbschaft ihm schädlich war, geholfen werden. L. 57. D. de acq. vel om. her.

das gegen den suus ergangene Urtheil auch für sich verbindlich anzuerkennen, die Rede ist, entsteht billig die Frage, wodurch die Entscheidung des römischen Rechtsgelehrten gerechtfertigt werden kann. Ich denke, auf folgende Art. Bis dahin, daß der suus vom beneficio abstinendi Gebrauch machte, war der suus Erbe und als Erbe befugt, die Erbschaft zu verwalten und folglich auch gegen Ansprüche, welche gegen den Erblasser gemacht wurden, sich zu vertheidigen, und in Folge dessen muß auch der nachgesetzte Erbe das gegen ihn ausgesprochene Urtheil und der Miterbe es, für den Antheil des abgegangenen Miterben, als für sich verbindlich anerkennen. Damals, als gestritten ward, ging die Sache den suus und ihn allein nur an, und nachfolgende Ereignisse können der Gültigkeit des Urtheils nicht schaden. Ich werde weiterhin auf diesen Fall wieder zurückkommen.

§. 5.

Fortsetzung.

Eine merkwürdige Einschränkung jener Regel: Res inter alios judicata tertio nec nocet, nec prodest, gibt eine Stelle des Macer an die Hand, welche folgendermaßen lautet:

L. 63. *D. de re jud.*

Saepe constitutum est, *res inter alios judicatas aliis non praejudicare.* Quod tamen quandam distinctionem habet, nam sententia inter alios dicta aliis quibusdam etiam scientibus obest: quibusdam vero, etiam si contra ipsos judicatum sit, nihil nocet. Nam scientibus nihil praejudicat, veluti si ex duobus heredibus debitoris alter condemnatur; nam

alteri integra defensio est, etiam si cum coherede suo agi scierit. Item si ex duobus petitoribus alter victus acquieverit, alterius petitioni non praejudicatur. Idque ita rescriptum est. — Scientibus sententia, quae inter alios data est, obest, cum quis de ea re, cujus actio vel defensio primum sibi competit, sequenti agere patiatur. Veluti si creditor experiri passus sit debitorem de proprietate pignoris, aut maritus socerum vel uxorem de proprietate rei in dote acceptae, aut possessor venditorem de proprietate rei emptae. Et haec ita ex multis constitutionibus intelligenda sunt. — Cur autem his quidem scientia nocet, superioribus vero non nocet? Illa ratio est: quod qui scit coheredem suum agere, prohibere eum, quo minus uti velit, propria actione vel defensione utatur, non potest: is vero, qui priorem dominum defendere causam patitur, ideo propter scientiam praescriptione rei, quamvis inter alios judicatae, summovetur: quia ex voluntate ejus de jure, quod ex persona agentis habuit, judicatum est. Nam et si libertus meus, me interveniente, servus vel libertus alterius judicetur, mihi praejudicatur. — Diversa causa est, si fundum a te *Titius* petierit, quem, ego quoque, sed non ex persona *Titii*, ad me pertinere dico. Nam quamvis contra *Titium*, me sciente, judicatum sit, nullum tamen praejudicium patior: quia neque ex eo jure, quo *Titius* victus est, vindico: neque potui *Titio* intercedere, quo minus jure suo utatur: sicuti et de coherede supra diximus.

Diese Stelle schien den Auslegern schwer [37]), mir scheint sie leicht, sehr leicht zu seyn, wenigstens, wenn bloß die Rede davon ist, den Sinn der Stelle ausfindig zu machen. Macer unterscheidet zuvörderst zwei Hauptfälle, nämlich da der Dritte von dem Streit unterrichtet war, dessen Ausgang auf seine Rechtsverhältnisse von Einfluß ist, und da er nicht davon wußte. Nichtwissenden kann das Urtheil, welches im fremden Streit ergangen ist, niemals schaden; Wissenden schadet es in gewissen Fällen, in anderen nicht. Es schadet ihnen, wenn wegen ihres vorzüglicheren Rechts es ihnen zunächst zustand, über die Sache zu streiten, nämlich sie mit Klagen gegen Andere zu verfolgen oder mit Einreden gegen die Ansprüche Anderer zu vertheidigen, und sie es dann geschehen ließen, daß der Andere, dem ein solches Klage- oder Vertheidigungsrecht nur nach ihnen zustehen konnte, sich der Sache annahm und Fremde in ihrer Abwesenheit einen Streit führten, den sie vorzugsweise hätten führen sollen. So ist namentlich das Pfandrecht von der Art, daß dadurch das Recht des Eigenthümers, der es bestellt hat, ausgeschlossen wird; wenn also der Gläubiger es weiß und geschehen läßt, daß der Eigenthümer über die verpfändete Sache streitet, so ist es so anzusehen, als hätte er es gewollt, und in Folge dessen ist das vom Richter in diesem Streit ergangene Urtheil auch für ihn verbindlich. Eben dieß gilt, wenn der Ehemann, da ihm während der Ehe das Eigenthum an den Sachen zusteht, die zum Brautschatz gegeben sind, es weiß und geschehen läßt, daß die Frau über dergleichen Sachen

---

[37]) Mit ihrer Auslegung haben sich besonders beschäftigt *Donellus* Com. jur. civ. lib. 27. ad L. *Saepe*. *Pufendorf* P. 3. obs. 64.

streitet. Es gilt auch, wenn der Käufer weiß und geschehen läßt, daß der Verkäufer über das Eigenthum der verkauften Sachen den Streit aufnimmt und führt, den er hätte aufnehmen und führen sollen. Es geht dabei aus jener Stelle des Macer deutlich hervor, daß in Fällen dieser Art dem Dritten, vermöge des vorzüglicheren Rechts, was ihm zusteht, die Sache zu verfolgen oder zu vertheidigen, ein *jus prohibendi* gegen den Anderen zusteht, vermöge dessen er ihn hindern kann, über die Sache zu streiten. Dieß scheint schon daraus zu folgen, daß, wenn er es ruhig geschehen läßt, daß jene streiten, nachtheilige Folgen daraus für ihn entspringen, indem es so anzusehen ist, als geschähe es mit seinem Willen und er sich dem Urtheil unterwerfen muß, obgleich es zunächst nicht gegen ihn gesprochen ist.

§. 6.

Fortsetzung.

In den Fällen, wovon bisher die Rede war, gilt das Urtheil zum Nachtheil des Dritten, der von dem Streit unterrichtet war; es schadet ihm also. Jetzt aber wollen wir, indem wir die Stelle des Macer weiter betrachten, zu den entgegengesetzten Fällen übergehen. Es gilt also nicht, es schadet nicht, wenn der Erbe es geschehen läßt, daß der Miterbe einen Streit führt, woran er hätte Theil nehmen können; denn in diesem Fall steht ihm kein vorzüglicheres Recht zu, vermöge dessen er den Miterben hätte hindern können, die Sache zu führen oder allein zu führen. Es gilt ferner nicht, wenn ein Anderer die Sache als die seinige in Ansprache nahm und sie ihm abgesprochen ward; dieß kann einen Dritten nicht abhalten, sie nun an seinem Theil in Ansprache zu nehmen. Denn eines Theils

konnte er den ersten Kläger am Klagen nicht hindern, zweitens ist die Sache, die dem ersten Kläger abgesprochen ist, dadurch noch ihm, dem zweiten, nicht abgesprochen, als welcher sie als die seinige, mithin aus einem anderen Grunde, in Ansprache nimmt. (Der Eine sagt nämlich: die Sache gehört dem Titius, der Andere sagt: sie gehört dem Mevius.) In allen diesen Fällen kommt die Kenntniß des Dritten nicht in Betrachtung. Mag er von dem Streit gewußt haben oder nicht, das Urtheil ist ihm in allen Fällen unschädlich; es bleibt also, seiner Wissenschaft ungeachtet, bei dem, was überhaupt die Regel des Rechts mit sich bringt.

§. 7.

Fortsetzung.

Außer der Ausnahme, welche die Stelle des Macer an die Hand gibt, die eigentlich nicht einmal eine wahre seyn würde, weil nach Macers Grundsätzen der Dritte, den das Urtheil verbinden soll, den Streit geführt hat und das Urtheil gegen ihn gesprochen ist und hier die oben (§. 2.) aufgestellten Grundsätze in Betrachtung kommen würden, sind noch einige andere nicht minder wichtig. Es versteht sich, daß dem Erben, welcher mit dem Verstorbenen nur Eine Person ausmacht, das gegen den Erblasser gesprochene Urtheil zum Nachtheil gereicht und er es erfüllen muß, als wäre es gegen ihn selbst gesprochen [38]). Und dieser ersten Ausnahme läßt sich jene von Brunnemann angeführte sechste unterordnen. Der nachgesetzte Erbe, dem der verurtheilte suus, indem er vom beneficio abstinendi

[38]) L. 6. §. 3. D. de re jud.

Gebrauch macht, die Erbschaft überläßt, ist zwar nicht Erbe desjenigen, der den Streit geführt und im Streit unterlegen hat; er ist aber Erbe des Verstorbenen, von welchem letzteren der Richter gegen denjenigen, der zu widersprechen den Beruf hatte, gegen den suus nämlich, ehe dieser vom beneficio abstinendi Gebrauch machte, mithin gültig und unwiderruflich den Ausspruch gethan hat, daß die Forderung gegründet und der Erbe sie zu tilgen schuldig sey.

Was von dem Erben gilt, dasselbe gilt auch von dem besonderen Nachfolger. Was in dieser Hinsicht beim Geständniß Rechtens ist, von welchem ebenfalls die Regel gilt, es hilft und schadet dem Dritten nicht [39]), dasselbe ist auch beim Urtheil Rechtens. Werden nämlich durch das Urtheil einer gewissen Sache gewisse Eigenschaften, Rechte oder Lasten zu- oder aberkannt, so muß dieß auch für den Nachfolger nützlich oder schädlich seyn, auf welchen sie mit diesen, oder, beziehungsweise nur ohne diese, Eigenschaften übergegangen sind. Julianus drückt dieß so aus, daß die Einrede des rechtskräftigen Urtheils von dem vorigen Besitzer auf den neuen Erwerber übergeht. Umgekehrt kann es dem vorigen Besitzer nicht entgegengesetzt werden, daß dem neuen Erwerber die Sache abgesprochen ist; ihm steht die exceptio rei judicatae nicht entgegen. Julianus setzt daher hinzu: die Einrede des rechtskräftigen Urtheils geht nicht auf den vorigen Besitzer zurück.

L. 9. §. 2. D. de exc. rei jud.

Julianus scribit, exceptionem rei judicatae a

---

[39]) S. den zweiten Theil dieses Werks Abh. 3. §. 10.

persona auctoris ad emtorem transire solere: retro autem ab emtore ad auctorem reverti non debere. Quare si hereditariam rem vendideris, ego eandem ab emtore petiero et vicero: petenti tibi non opponam exceptionem, *at si ea res judicata non sit.*

Es scheint dieß um so mehr auffallend, da, wie wir gehört haben, nach der Lehre des Macer, der neue Erwerber, z. B. der Käufer, es gerade ist, welcher über die Sache zu streiten und sich den Ansprüchen Anderer zu widersetzen befugt und dem Verkäufer vorzuziehen ist. Und dennoch soll, nach dieser von Ulpian gebilligten Lehre des Julianus, die Entscheidung des Streits nur dem Käufer schädlich seyn können und das gegen den Käufer gesprochene rechtskräftige Urtheil dem Verkäufer nicht entgegenstehen. Die Glossographen, und Cujacius und Retes nehmen an, daß dieß auf solche Fälle zu beziehen sey, da die Sache vermöge eines s. g. reditus legalis zu dem vorigen Eigenthümer zurückgekehrt ist [40]. Mir scheint es, als ob zu einer so beschränkenden Auslegung kein hinlänglicher Grund vorhanden sey. Nach meinem Ermessen ist Julianus so allgemein zu verstehen, wie er sich ausdrückt. Dem Verkäufer, wenn er klagt, steht das gegen den Käufer gesprochene rechtskräftige Urtheil, steht eine aus der Person des Käufers hergenommene exceptio rei judicatae nicht entgegen. Die Ausnahme findet nur bei einem Nachfolger Statt. Dieser kann nicht mehr und nicht weniger Rechte haben, wie sein Vorgänger. Bei

---

[40]) Glossa ad L. 9. §. 2. D. de exc. rei jud. *Cujacius* tract. 4. ad Africanum in lege si duobus 6. *Retes* opuscula lib. 3. (*Meermann* novus thesaurus jur. civ. et canon. tom. 6. p. 191.)

einem, der kein Nachfolger ist, fehlt es an einem Grunde, eine Ausnahme zu machen; es bleibt also bei der Regel.

Aber damit die Regel bei ihm zur Anwendung kommen könne, muß ein Fall eintreten, wo es möglich ist, sie zur Anwendung zu bringen. Der frühere Besitzer muß Klage erheben und erheben können, und dieß wird, der Regel nach, nicht weiter der Fall seyn, sobald er die Sache verkauft und übergeben, überhaupt veräußert hat. Denn mit welchem Recht wollte er sich der Eigenthumsklage bedienen, nachdem er aufgehört hat, Eigenthümer zu seyn? Gesetzt aber, die Veräußerung wäre ungültig oder das Eigenthum wäre zu dem vormaligen Eigenthümer zurückgekehrt, z. B. die Sache wäre sub pacto addictionis in diem oder sub lege commissoria verkauft, welche Fälle unter der (zweiten) Regel, die Julianus aufstellt, allerdings begriffen sind — während die Regel jedoch auf sie nicht zu beschränken ist — dann würde das in der Zwischenzeit gegen den Käufer, als einstweiligen Eigenthümer, gesprochene Urtheil dem Verkäufer nicht nachtheilig seyn. Julianus — oder vielmehr Ulpianus — führt als Beispiel den Verkauf einer Erbschaft an und nicht vergebens hat der römische Rechtsgelehrte gerade dieses Beispiel gewählt. Er scheint es deshalb gewählt zu haben, weil der Erbe, welcher die Erbschaft verkauft, auch nach der Veräußerung Erbe bleibt [41]). Hätte aber der Andere, gegen den das Urtheil gesprochen ist, die Sache dem früheren Besitzer, ohne von Rechtswegen dazu genöthigt zu seyn, wieder überlassen, dann würde dieser frühere Besitzer nicht

---

[41]) L. 50. D. de hered. pet. L. 88. D. de hered. instit.

nach seinem älteren Recht zu beurtheilen seyn, sondern er wäre nun Nachfolger eines Vorgängers, der früher sein Nachfolger war, und als Nachfolger würde er dieselben Rechte haben, wie sein Vorgänger; es würde also in diesem Fall wieder die Ausnahme Statt finden.

Ueberhaupt findet eine Ausnahme von der Regel bei allen denjenigen Statt, die ihre Rechte auf die Sache, worüber gestritten wird, von dem vorigen Besitzer ableiten. Was gegen den vorigen Besitzer, von dem er die Sache erworben hat (oder, wie die Rechtsgelehrten sich gerne ausdrücken, von dem er *causam* hat), der Richter ausgesprochen hat, das gilt auch für ihn und muß auch er für eine unumstößliche Wahrheit anerkennen [42]). Dieß ist eine von der vorigen verschiedene Ausnahme, wiewohl sie mit der vorigen oftmals zusammen fallen wird; sie findet z. B. auf den Pfandgläubiger Anwendung, der doch nicht als Nachfolger des Pfandschuldners angesehen werden kann.

§. 8.

Fortsetzung.

Ferner scheint eine Ausnahme von der Regel das Gewohnheitsrecht zu machen. Nämlich wenn zwei Personen über das Daseyn einer Gewohnheit bei Gericht gestritten haben und der Richter, daß sie vorhanden sey, ausgesprochen oder wenigstens darnach gesprochen hat, so scheint es, daß auch kein Dritter diese Wahrheit weiter in Zweifel ziehen könne, mag er nun mit dem

---

[42]) *L.* 63. *D. de re jud.* verbis: Diversa causa est. L. 3. §. 1. D. de pign.

Sieger oder mit einem anderen Dritten in einen ähnlichen Streit gerathen. Es scheint dieß in dem bekannten Ausspruch des **Ulpianus** zu liegen, wornach, wenn über das Daseyn einer Gewohnheit gestritten wird, vor allen Dingen man sich erkundigen soll, ob schon früher einmal, des gegenseitigen Widerspruchs ungeachtet, nach der in Frage stehenden Gewohnheit gesprochen ist [43]). Es kann dieß schwerlich eine andere Bedeutung haben, als daß, wenn es sich damit bestätigt, kein neuer Streit über die alte Frage Statt finden soll. Indem der Richter die Gewohnheit als vorhanden annahm, hat er **dadurch** keinem Einzelnen Rechte zu= oder abgesprochen; sondern nur bei Gelegenheit eines gewissen Falls das Daseyn einer allgemeinen gesetzlichen Richtschnur erforscht, die, wenn sie einmal erwiesen oder ausgemittelt ist, für alle Fälle als erwiesen oder ausgemittelt anzunehmen ist, so daß derjenige, der sie streitig machte, für Alle gestritten, gleichwie der Gegner, der sich darauf berief, für Alle gesiegt hat, nämlich für Alle, denen die Gewohnheit zum Vortheil gereichen kann [44]).

§. 9.

Fortsetzung.

Endlich ist noch einer **Meinung** zu gedenken, die unter den alten Rechtsgelehrten im Schwange ging, nämlich:

---

[43]) *L. 34. D. de legibus.* Cum de consuetudine civitatis, vel provinciae confidere quis videtur: primum quidem illud explorandum arbitror, an etiam contradicto aliquando judicio consuetudo firmata sit.

[44]) Dieß wird auch bestätigt durch das, was ich bei **Leyser** finde spec. 471. med. 8. Er bemerkt: *Joh. Andreas post c. ult. X. de consuet. sententia data super consuetudine contra unum omnibus praejudicat.*

daß nicht bloß, wenn über den eigentlichen römischen Zustand gestritten wird, sondern auch bei ähnlichen Fragen, welche die Person angehen und von deren Entscheidung andere abhängen, das Urtheil des Richters darüber, ob der Person diese Eigenschaft zukomme oder nicht, auch für andere Streitigkeiten und auch gegen dritte Personen maßgebend sey. Besonders soll das Urtheil über das Alter in Beziehung auf Alle gelten [45]). Man beruft sich deshalb auf folgende Stelle des Ulpianus:

L. 43. D. de minor.

De aetate ejus, qui se majorem annis 25 dicit, causa cognita probandum est; quia per eam probationem in integrum restitutioni ejusdem adolescentis et aliis causis praejudicatur.

Die Stelle gehört nach meinem Ermessen gar nicht hieher. Es ist gar nicht die Rede von einem Streit zwischen dem Minderjährigen und einem Anderen über sein Alter und eben so wenig von einem Urtheil des Richters, wodurch dieser Streit entschieden würde und dessen Kraft sich auch auf dritte Personen erstreckte; von allem dem ist gar nicht die Rede und man muß die Stelle sehr flüchtig gelesen haben, um darin irgend etwas davon zu finden. Es wird bloß gesagt, daß, wenn einer sich für volljährig ausgibt, die Wahrheit seines Vorgebens untersucht und Beweis darüber von ihm beigebracht werden müsse, weil von dem Alter viele andere Fragen, besonders ob Jemand auf Restitution Ansprache zu machen habe,

---

[45]) S. *Ant. Faber* Rationalia ad L. 43. D. de minor. *Mev.* Dec. P. 2. dec. 165. *Brunnemann* ad L. 25. D. de minor. *Carpzov.* P. 1. Const. 26 def. 16. 17.

abhängen. Führt Jemand den Beweis der behaupteten Volljährigkeit, so wird dieß ihm selbst in der Folge zum Nachtheil gereichen können [46]). Daß aber Andere, wenn sie in Streitigkeiten mit ihm verwickelt werden, das Resultat der Untersuchung gegen sich gelten lassen müßten, ist nicht gerade gesagt. Indessen kann es sehr wohl seyn, daß nach römischem Recht dieser einmal geführte Beweis auch für Andere und gegen Andere gültig war, wenn sie nicht etwa das Gegentheil beweisen wollten, was ihnen ohne Zweifel frei gestanden haben wird, da ihnen dieß sogar frei gestanden haben würde, wenn der Beweis gleich Anfangs unmittelbar gegen sie gerichtet gewesen wäre. Aber die Regel, wovon hier die Rede ist, wird durch jene Stelle auf allen Fall nicht angetastet. Immer wäre dann doch das Urtheil des Richters für dritte Personen nicht maßgebend, sondern der geführte Beweis.

§. 10.

Rückkehr zu der Regel.

So viel von den theils wirklichen, theils scheinbaren Ausnahmen von jener Regel. Wir haben hier so viele Ausnahmen kennen gelernt, daß die Regel darüber in Vergessenheit gerathen seyn könnte, an die ich daher hier besonders zu erinnern für nöthig finde. Denn, ungeachtet aller der mancherlei Einschränkungen, Regel ist es doch immer geblieben, daß ein Urtheil nur für diejenigen maßgebend ist, welche gestritten haben, und dieser Grundsatz, der an der Natur der Sache einen sicheren Rückhalt hat und auf Gerechtigkeit beruht, wird immer anzuwenden seyn, wenn

---

[46]) L. 32. D. de minor.

nicht deutlich erhellet, daß um der Gerechtigkeit willen oder nach den positiven Gesetzen eine Ausnahme zu machen sey [47]).

§. 11.

Zweifelhafte Fälle.

Die Sache ist oft sehr zweifelhaft. Wir haben gesehen, nach Macer steht gewissen Personen im Verhältniß gegen Andere ein vorzügliches Recht zu, wegen gewisser Sachen Klage zu erheben oder sich gegen Klagen Anderer zu vertheidigen, und wenn sie bemerken, daß diese, denen es nur secundo loco gebührt, zu klagen oder sich zu vertheidigen, mit einem Anderen vor dem Richter einen Streit führen, den sie eigentlich führen sollten, dürfen sie nicht müßige Zuschauer bleiben, als ginge die Sache sie nicht an, sondern sie müssen dazwischentreten und den Gewährsmann hindern, den Streit weiter zu führen oder wenigstens ihn allein zu führen, weil es sonst so angesehen wird, als wollten sie, daß er für sie mitstreite. Ein solches Recht der Intervention stand namentlich dem Käufer zu, wenn der Verkäufer, dem Pfandgläubiger, wenn der Pfandschuldner, dem Ehemann, wenn die Frau über Dotalsachen mit einem Dritten um das Eigenthum streitet. Haben jene unterlassen, in dem Prozeß aufzutreten, so ist das Urtheil, als wäre es gegen sie mit gesprochen, ihnen schädlich, was es doch nicht gewesen seyn würde, wenn sie von dem Streit keine Kenntniß gehabt hätten.

Es bleibt hier aber eine von Macer nicht berührte, doch durch ihn veranlaßte Frage übrig, nämlich wie ist es im

---

[47]) z. B. L. 16. D. Qui pot. in pign.

im umgekehrten Fall, wenn der Pfandgläubiger streitet oder der Käufer, oder der Ehemann vor dem Richter stehen, müssen auch dann der Pfandschuldner, der Verkäufer, die Frau in dem Prozeß auftreten und wenn sie es unterlassen haben, ist das Urtheil auch dann für sie verbindlich? Diese Frage haben unsere Rechtsgelehrten aufgeworfen und sich fleißig bemüht, die rechte Antwort zu finden; es kann aber doch nicht Allen gelungen seyn; denn diese Antwort lautet verschieden. Hartmann Pistor und Meier sagen: das Urtheil ist nicht verbindlich, und Pufendorf lehrt, namentlich in Beziehung auf den Pfandschuldner, dessen Sache der Pfandgläubiger geführt hat: es ist verbindlich.

Die Argumente der Ersteren lauten nach Pufendorf folgendermaßen: Dubitationis vis in eo collocatur, quod debitor nullum jus a creditore habeat, neque adeo creditore agente ex voluntate debitoris de jure, quod ex persona agentis habuerit, actum intelligatur, creditor quoque propriam habeat actionem et primas in agendo vel defendendo teneat, neque possit a debitore prohiberi, quo minus defendendo vel agendo jus suum persequatur, quo casu rem inter alios agitatam aliis non obesse, Jureconsultus diserte respondisset.

Hingegen soll es nach Pufendorf ganz offenbar seyn, daß dem Pfandschuldner das Urtheil schadet, was gegen den Gläubiger gesprochen ist, obgleich jener von dem Streit, als er geführt ward, gar nicht einmal unterrichtet gewesen. Habe der Gläubiger, der Käufer, der Ehemann bei Führung des Streits etwas versehen oder durch Unterlassung der Litisdenunciation gefehlt, so könne er auf Entschädigung belangt werden; aber das Urtheil selbst sey gültig und auch für den Gewährsmann

verbindlich. Was besonders den Fall betrifft, da der Käufer um das Eigenthum der Sache streitet, so sey es außer Zweifel, wenn ihm das Eigenthum abgesprochen wird, daß dieses Urtheil auch in Hinsicht auf den Verkäufer maßgebend sey; warum sollte nun, ruft Pufendorf aus, in den anderen beiden Fällen nicht dasselbe gelten? Der römische Rechtsgelehrte habe auf alle drei Fälle dieselben Rechtsgrundsätze angewandt und uns gebühre, dasselbe zu thun. Dem Gläubiger stehe keine eigene Klage zu, sondern er bediene sich der Klage des Schuldners und handle vor Gericht als dessen Procurator, er sey der *procurator debitoris legitimus;* und das gegen den Procurator gesprochene Urtheil müsse in diesem Fall für den Principal so verbindlich seyn, wie es in anderen Fällen auch sey. Es sey kein Grund vorhanden, weshalb dem Pfandschuldner das Urtheil nicht schaden sollte, was gegen den Gläubiger gesprochen ist, und der von Hartmann Pistor angeführte Zweifel, dem Gläubiger gebühre beim Klagen und Vertheidigen die erste Stelle, er habe ein eigenes Recht und könne vom Schuldner nicht gehindert werden, sein Recht geltend zu machen und darum könne es dem Schuldner auch nicht zum Nachtheil gereichen, wenn in dieser zwischen Anderen verhandelten Sache ein Urtheil gesprochen und dasselbe zu seinem Nachtheil ausgefallen sey, — dieser Zweifel sey leicht zu widerlegen. Der Pfandgläubiger habe kein eigenes Recht, wie der Miterbe, sondern mache Gebrauch von dem Recht und von der Klage des Schuldners. Daß der Gläubiger vom Schuldner nicht gehindert werden könne, sein Recht geltend zu machen, komme nicht in Betrachtung. Denn, was in dieser Hinsicht von dem Miterben gilt, der ein eigenes Recht und eine eigene Klage

hat, das könne auf den Pfandgläubiger, bei dem der entgegengesetzte Fall eintritt, keine Anwendung finden. Auch der Mann könne nicht von der Frau, noch der Käufer vom Verkäufer gehindert werden, sein Recht zu verfolgen, und dennoch sey der Frau und dem Verkäufer das Urtheil nachtheilig, was gegen den Mann und den Käufer gesprochen ist. Zwar leite der Schuldner sein Recht von dem Gläubiger nicht ab, dieß sey aber eben so bei der Frau und beim Verkäufer und dieser Beweisgrund werde also gleichfalls durch das Beispiel beider widerlegt. Es komme hier auch nicht an auf den Willen des Pfandgläubigers, so wenig wie der Frau oder des Verkäufers; genug, daß jener der gesetzliche Stellvertreter des Schuldners sey. Ueberdies könne man es auch so ansehen, als hätte der Schuldner, indem er die Sache zum Pfande hingab, den Gläubiger beauftragt, für die Sache zu streiten, und mithin sey der Streit nach seinem Willen geführt und in Folge dessen müsse der Ausgang zu seinem Nachtheil gereichen. Macer habe dieß für etwas so Ausgemachtes angesehen, daß er eben deshalb nichts davon erwähnt habe. — So weit Pufendorf, der mit allen seinen Gründen, die doch am Ende nichts als einen falschen Schein erregen, nach meinem Ermessen Unrecht hat [48]).

Daß dem Verkäufer das Urtheil schadet, was gegen den Käufer gesprochen und wodurch diesem das Eigenthum abgesprochen ist, konnte zuvörderst schon deshalb nicht zum Beweise gebraucht werden, weil es vielmehr selbst erst des Beweises bedurfte. Indessen will ich die Wahrheit des Satzes unter gewissen Einschränkungen ohne weiteren Be-

[48]) *Pufendorf* obs. jur. un. tom. 3. obs. 64.

weis einräumen; er beweist jedoch auch dann nichts. Dem Verkäufer wird das Urtheil in den meisten Fällen allerdings schaden, aber bloß insofern, als er, nachdem die Sache von ihm veräußert ist, gar nicht weiter in den Fall kommen wird, um das Eigenthum streiten zu können. Und eben deshalb ist es für ihn von der größten Wichtigkeit, daß er von dem Prozeß benachrichtigt wird, damit er zum Beistande herbeieilen kann, weil, wenn er jetzt von den Gründen, die ihm zu Gebote stehen, keinen Gebrauch machen kann, wenn der ohne Unterstützung gelassene Käufer von seinem Gegner besiegt ist, keine Hülfe weiter übrig bleibt, vielmehr mit der Niederlage des Käufers Alles auf einmal und für immer verloren ist. Ueberhaupt hat jeder der drei Fälle, die Macer hier zusammengeworfen hat, seine eigene Ansicht; sie kommen bloß darin überein, daß derjenige, welcher nicht streitet, ein größeres Recht hat, zu streiten, wie der Andere, welcher streitet, oder, wie Macer dieß ausdrückt, daß ihm actio vel defensio primum competit. Im Uebrigen sind alle drei Fälle sehr verschieden und besonders scheint mir der aus dem Verhältniß, worin Ehegatten in Hinsicht auf den Brautschatz stehen, entlehnte Fall gar nicht hieher zu gehören. Denn, wenn die Frau dem Manne gewisse Güter zum Brautschatz gegeben hat, so lange die Ehe dauert, gehören diese Sachen dem Manne und als Eigenthümer hat er ausschließlich das Recht, sie durch Klagen zu verfolgen und durch Einreden sie zu vertheidigen; die Frau hat nicht sowohl einen geringeren Beruf, für diese Sachen zu streiten, als vielmehr gar keinen. Eben so ist es mit dem Verkäufer. Beiden ist indessen daran gelegen, daß gestritten und der Prozeß gewonnen wird, und eben deshalb kann wenigstens der Verkäufer an dem Prozeß

Theil nehmen. Ganz anders ist es, wenn von dem Verhältniß die Rede ist, was zwischen dem Gläubiger und Schuldner durch die Verpfändung entstanden ist; denn hier sind in zwei Subjecten zwei verschiedene Rechte vorhanden, wodurch beide befugt werden, für die Sache zu streiten, und hier konnte gesagt werden, dem einen stehe actio vel defensio primo loco zu, dem anderen secundo.

Es ist eine ganz falsche Ansicht Pufendorfs — worauf gleichwohl die ganze Stärke seines Beweises beruht — als wenn der Pfandgläubiger nur die Rechte geltend machte, die dem Pfandschuldner zustehen, als ob er nichts wäre, als des Schuldners, wie er sich ausdrückt, procurator legitimus. Procurator eines Anderen kann man nur in dessen Auftrag seyn. Daran fehlt es hier; denn der einzige Auftrag, welcher, den Gesetzen zufolge, hier vorhanden ist, betrifft den Verkauf des Pfandes und erstreckt sich nicht auf Vertretung des Schuldners vor Gericht. Wenn der Pfandgläubiger wegen des Pfandes gegen fremde Personen vor Gericht streitet, so geschieht es nicht um des Schuldners, sondern um seinetwillen; er will nicht das Recht des Schuldners, sondern sein eigenes schützen. Aber die Rechte beider sind auf das Engste mit einander verbunden; so geschieht es, daß, indem der Pfandgläubiger sein eigenes Recht vertheidigen will, er zugleich das fremde vertheidigt. Doch kann man nebenher sagen, daß, wenn er gleich nur sein eigenes Recht schützen will, er zugleich Pflichten erfüllt, die er verletzen würde, wenn er eine Sache, die er dem Eigenthümer erhalten und dereinst zurückgeben soll, unvertheidigt aus den Händen ließe. Deshalb ist er aber nicht als der Bevollmächtigte des Schuldners oder als bloßer

Stellvertreter anzusehen, sondern er handelt in eigenem Namen und Kraft eigenen Rechts. Tritt er als Kläger auf, so bedient er sich nicht der rei vindicatio des Schuldners; er klagt mit einer Klage, die dem Schuldner niemals zugestanden hat und dem Pfandgläubiger eigen ist, mit der *actio hypothecaria*, die gegen den Schuldner selbst gerichtet werden, also nicht auf einem Auftrage desselben beruhen und deren möglicher nachtheiliger Ausgang bloß in der Abweisung des Klägers, als eines solchen, dem das behauptete Pfandrecht nicht zustehe, bestehen kann. Wird er verklagt, so wird er nicht als Stellvertreter des Eigenthümers, sondern als der jetzige Besitzer belangt. — Damit sind nun die Einwürfe Pufendorfs, wie ich glaube, aus dem Wege geräumt.

Was nun aber den eigentlichen Beweis des Satzes betrifft, daß dem Schuldner das Urtheil nicht schadet, was gegen den Gläubiger gesprochen ist, so läßt sich Folgendes dafür sagen. Für den Schuldner spricht die Regel: Res inter alios acta tertio nec nocet, nec prodest und auch der Grund, worauf sie beruht; es würde ungerecht seyn, wenn seine Rechte in die Gewalt dritter Personen gegeben wären, wenn ihm das Eigenthum seiner Sache entzogen werden könnte, weil ein Anderer Ansprüche darauf macht, gegen den zwar der Pfandgläubiger sich vertheidigt, er selbst aber keine Gelegenheit gehabt hat, sich zu vertheidigen. Unter den Ausnahmen von dieser Regel ist dieser Fall nicht enthalten, namentlich nicht unter derjenigen, wovon Macer handelt, der ohnehin nur in dem Fall eine Ausnahme zuläßt, wenn der Dritte, vom Daseyn des Streits unterrichtet, nicht unter die Streitenden getreten ist, um an dem Kampf Theil zu nehmen. Nicht dem Schuldner steht

primo loco in Ansehung der Sache das Klage- und Vertheidigungsrecht zu, sondern, nach Macers ausdrücklicher Erklärung, dem Gläubiger und nur von diesem wird gesagt, daß er den Schuldner hindern könne, zu streiten, welches, wiederum nach Macers ausdrücklicher Erklärung, der Grund ist, worauf die Ausnahme beruht. Indem nun Macer dem Gläubiger das Recht beilegte, den Schuldner am Streiten zu hindern, hat er eben dadurch dem Schuldner das Recht abgesprochen, den Gläubiger vom Streit auszuschließen. Und folglich kann auch der Rechtssatz selbst auf den Schuldner keine Anwendung finden und dem Schuldner das Urtheil nicht schaden, was gegen den Gläubiger gesprochen ist, selbst, wenn er, vom Daseyn des Streits unterrichtet, unthätig geblieben wäre. Wir haben sogar gesehen, daß nach einer Stelle des Julianus — L. 9. §. 2. D. de exc. rei jud. — demjenigen, zu dem das Eigenthum zurückgekehrt ist, das in der Zwischenzeit gegen den Eigenthümer gesprochene Urtheil nicht schadet; da es also dem nicht schadet, der früher Eigenthümer gewesen ist, wie viel weniger wird es dem schaden, der es immer geblieben ist? Es schadet nach Julianus namentlich nicht, wenn die Sache dem Käufer abgestritten ist und nun der Verkäufer in einen neuen Streit um das Eigenthum verwickelt wird, also gerade in dem Fall nicht, wovon Pufendorf lehrt, es schade ihm. Dadurch hat seine Behauptung die stärkste Stütze verloren, worauf sie beruht.

§. 12.

Einschränkung gewisser Ausnahmen.

Ich kehre noch einmal zu den Fällen zurück, da ein gegen den legitimus contradictor gesprochenes Urtheil einem

Dritten per consequentiam nachtheilig ist. Es verdient nämlich bemerkt zu werden, daß in denjenigen Fällen, in welchen ein ausgesprochenes rechtskräftiges Urtheil einem Dritten folgeweise zum Nachtheil gereicht, vorausgesetzt wird, daß nach Untersuchung der Sache und nöthigen Falls nach geführtem Beweise, nicht aber gegen einen, der sich nicht vertheidigt hat, bloß *in contumaciam* gesprochen ist. Dadurch verlieren diese Einschränkungen der Regel in der That alles Herbe. Das römische Recht lehrt dieß namentlich in Hinsicht auf den Vermächtnißnehmer, dem zwar die als vorhanden ausgemittelte und gegen den Widerstand des Erben, der sich bis zur Erschöpfung aller Mittel gegen ihn vertheidigt hat, ausgesprochene Ungültigkeit des Testaments, nicht aber die Versäumniß und Nachlässigkeit dieses Erben, der nicht für die Gültigkeit gestritten hat, also der ihm zugetheilten Rolle eines legitimus *contradictor* nicht getreu geblieben ist, zum Nachtheil gereicht [49]). Eben dieß wenden die Rechtsgelehrten auf

---

[49]) *L.* 17. §. 1. *D. de inofficioso testam.* Cum contra testamentum, ut inofficiosum judicatur: testamenti factionem habuisse defunctus non creditur. Non idem probandum est, si herede non respondente, secundum praesentem judicatum sit. Hoc enim casu non creditur jus ex sententia judicis fieri: et ideo libertates non competunt, et legata petuntur. *L.* 18. *D. eod.* De qua re etiam constitutio exstat Divorum fratrum, quae hujusmodi distinctionem admittit. *L.* 14. §. 1. *D. de appellat. et relat.* Quotiens, haerede non respondente, secundum adversarium sententia datur, rescriptum est, nihil nocere neque legatis, neque libertatibus. Et hoc Divorum fratrum epistola continetur ad Domitium in haec verba: Quod absente possessore, nec quoquam nomine ejus respondente pronuntiatum est, non habet rei judicatae auctoritatem, nisi adversus eum solum, qui adesse neglexerit. Quare his, qui

Streitigkeiten über den Zustand an [50]). Daß es aber eine außer diesen Fällen geltende allgemeine Regel seyn sollte, glaube ich eben nicht. Dem Erben und selbst dem successor singularis und überhaupt Jedem, der seine Rechte auf eine gewisse Sache von einem Anderen ableitet, muß es, nach meinem Ermessen, zum Nachtheil gereichen, wenn der Erblasser, Vorgänger auch nur durch Nachlässigkeit gewisse Rechte eingebüßt hat; durch Schuld eingebüßt oder nicht, sie waren nicht mehr vorhanden und konnten also auf ihn nicht übergehen. Es heißt zwar in L. 5. C. de pign.:

> Praeses provinciae vel clarissimus jus pignoris tui exsequentem te audiet. Nec tibi oberit sententia adversus debitorem tuum dicta, si eam collusisse cum adversario tuo, aut (ut dicis) non causa cognita, sed praescriptione superatum esse constiterit,

und hiernach schadet es dem Pfandgläubiger, als einem Dritten, nicht, wenn der Pfandschuldner aus Collusion oder

---

testamento libertates, vel legata, vel fideicommissa acceperunt, salvae sunt actiones, si quas habuerunt, perinde ac si nihil esset judicatum. Et ideo adversus eum, qui vicit, permittimus eis agere. Auch Collusion, deren Daseyn oder Besorgniß ihnen zur Appellation und Intervention Gelegenheit geben kann, wird machen, wenn sie geschehen und bewiesen ist, daß das Urtheil ihnen nicht schaden kann. L. 5. C. de pign. Das Urtheil gegen den Erben schadet dem Vermächtnißnehmer überhaupt in folgenden Fällen nicht: 1) wenn der Erbe mit dem Kläger falsches Spiel gespielt; 2) wenn er in contumaciam verurtheilt ist; 3) wenn er im Prozeß etwas versäumt, sich verglichen, die Rechtsmittel nicht zur Anwendung gebracht, den Streit nicht bis zur Erschöpfung aller Mittel durchgefochten hat. L. 50. §. 1. D. de leg. 1.

[50]) *Brunnemann* ad L. 25. D. de statu hom. *Hofacker* Princ. jur. civ. tom. I. §. 277.

Versäumniß den Prozeß gegen den Fremden verloren hat und ihm das Eigenthum der verpfändeten Sache abgesprochen ist. Aber damit bezieht es sich auf Handlungen oder Unterlassungen des Pfandschuldners nach geschehener Verpfändung. Wir haben früher gesehen, wenn der Gläubiger weiß, daß der Schuldner über das Eigenthum der verpfändeten Sache streitet und er es geschehen läßt, so gereicht der Ausgang der Sache auch ihm zum Nachtheil; allein, wenn der Schuldner sich mit dem Gläubiger zu seinem Nachtheil verstanden oder den Prozeß aus bloßer Versäumniß verloren hat, in diesem Fall ist ihm das Urtheil, was gegen den Pfandschuldner ergangen ist, obgleich er, von dem Streit unterrichtet, unthätig geblieben, nicht nachtheilig. Die Collusion des Schuldners mit einem Dritten kann ihm sein einmal erworbenes Recht nicht nehmen und eben so wenig kann dieß die Nachlässigkeit des Schuldners; hingegen würde der Umstand, daß dem Verpfänder das Eigenthum abgesprochen wäre, weil ausgemittelt worden, daß es ihm nicht zustehe, dem Gläubiger sein Pfandrecht nicht sowohl entzogen, als vielmehr offenbar gemacht haben, daß er ein solches niemals erworben habe [51]).

---

[51]) L. 4. §. 4. D. de appell.

IV.

Die Lehre von der Intervention.

(Im Winter $\frac{1833}{1834}$.)

§. 1.

Allgemeine Betrachtungen über die Intervention.

Wenn Zwei mit einander im Streit befangen sind und ein Dritter kommt darüber zu und mischt sich in den Streit, so ist dieß Intervention, die, wenn sie außergerichtlich geschieht, gewöhnlich den Zweck hat, die Streitenden auseinander zu bringen. Der Dritte tritt unter die Streitenden, um sie an der Fortsetzung des Streits zu hindern. Auch in dem Streit, der vor dem Richter geführt wird, kann eine Intervention Statt finden — und vielleicht ist der Ausdruck, wenn er z. B. bei Kriegführenden gebraucht wird, nur von daher entlehnt, — und auch hier hat sie, wenn man bloß auf die Gesetze sieht und von irrthümlichen Theorien abstrahirt, den Zweck, die Streitenden am Streit zu hindern. Dieß ist die eigentliche gerichtliche Intervention und davon ist eine andere Handlung sehr verschieden, die man mit ihr zu paaren pflegt, so wenig sie auch zu einander passen, da nämlich ein Dritter nicht eigentlich zwischen die streitenden Theile tritt, sondern in einen anhängigen Streit sich mischt, um an diesem Streit Theil zu nehmen, um mitzustreiten, da er also nicht sowohl zwi-

schen die streitenden Theile tritt, um sie zu trennen, als vielmehr auf die Seite des Einen, um ihm zum Siege zu verhelfen. Beide gehören gar nicht zusammen und sollten billig von den Rechtsgelehrten so geschieden werden, wie sie in den Gesetzen geschieden erscheinen.

§. 2.
Fortsetzung.

Aber nach der gewöhnlichen Lehre, wenn ich diese einstweilen gelten lassen will, besteht der Zweck des Intervenienten entweder darin, ein eigenes Recht zu verfolgen oder dem einen der streitenden Theile beizustehen. Sie ist daher entweder Haupt- oder Neben-Intervention. Die Alten kennen nur diese beiden Arten; in späteren Zeiten sind noch zwei andere hinzugekommen, so daß die Zahl derselben sich bis auf vier vermehrt hat. In den neueren Lehrbüchern zerfällt nämlich die Principal-Intervention in zwei Unterarten, nämlich in die eigentlich sogenannte oder regelmäßige und in die uneigentlich sogenannte oder unregelmäßige; und außer der Principal-Intervention mit ihren beiden Unterarten und der accessorischen gibt es auch noch eine gemischte.

§. 3.
Fortsetzung.

Die Lehre der Alten über die Intervention überhaupt lautet in der Hauptsache etwa so. An und für sich ist es Niemanden erlaubt, sich in einen fremden Streit zu mischen. Nur dann kann es ihm erlaubt seyn, wenn ihm zur Erhaltung des Seinigen daran gelegen ist, an dem fremden Streit Theil zu nehmen. Sein Interesse begründet das

Recht zur Intervention. So bemerkt Mevius: Interesse fundat jus interventionis [1]). Ein bloßes Anführen genügt aber nicht, sondern Beweis ist erforderlich, um Verdacht von Betrug, Collusion, Bosheit, Muthwillen u. s. w. zu entfernen. So Schaumburg [2]): Quod ideo demonstrandum est, ne vel malitiose animo turbandi aut retardandi alienas lites quis interveniat. Alias obstat exceptio, Tua non refert. Eines strengen Beweises bedarf es jedoch nicht, es genügt eine Bescheinigung, gegen welche kein Gegenbeweis oder Gegenbescheinigung Statt findet. Wenn der Intervenient sein Interesse nachgewiesen hat, muß er zum Streit zugelassen werden. Das Interesse des Intervenienten muß ein gegenwärtiges seyn, nicht ein bloß künftiges, und es muß gleich zu Anfange offenbar seyn, daß die Fortsetzung des Streits unter den bisher streitenden Theilen zum Nachtheil des Intervenienten gereichen werde. Wegen eines bloß künftigen Interesse findet nur eine Protestation Statt. Dieß sind etwa, nach der Lehre der Alten, so weit man sie aus einzelnen zerstreuten Aeußerungen abnehmen kann, im Allgemeinen die Bedingungen der Intervention [3]).

Wenn bei Gericht gestritten wird und ein Dritter zwischen die streitenden Theile tritt, um sie zu trennen — was nur eigentlich Intervention genannt werden kann —

---

[1]) *Mev.* P. 4. dec. 404. Not. 5.

[2]) Princ. prax. jur. jud. lib. 1. cap. 5. §. 2.

[3]) S. *Mev.* dec. P. 4. dec. 352. nota 6. dec. 404. nota 5. P. 5. dec. 57. nota 5 et 7. *Schaumburg* princ. prax. jur. jud. lib. 1. sectio 2. cap. 5. §. 1. 2. *Hellfeld* jurispr. for. §. 531. *Wernher* Obs. tom. 3. obs. 42. *Pufendorf* tom. 4. obs. 37. *Voet* tit. de judiciis §. 37.

so ist nicht sowohl das Interesse der Grund der Intervention, als vielmehr das Recht des Intervenienten. Nur, wenn Jemand auftritt, um an dem Streit Theil zu nehmen, wenn er mit streiten will, um die Sache der einen Partei zu vertheidigen, nur dann kann man sagen, daß ein Interesse erforderlich sey und nur dann ist nach einem solchen zu fragen. Es muß, wenn eine Intervention dieser Art zulässig seyn soll, der Ausgang des Streits dem Intervenienten nicht gleichgültig, sondern in Beziehung auf sein Rechtsverhältniß er dabei betheiligt, ihm muß aus diesem Grunde daran gelegen seyn, daß die eine Partei siegt und die andere unterliegt. Ueberhaupt paßt Alles, was die Rechtsgelehrten von dem Interesse bei der Intervention lehren und wie es beschaffen seyn müsse, nur auf die accessorische. Beide Arten der Intervention haben wenig oder nichts mit einander gemein. Sie sind durch ihre Natur zu weit von einander geschieden, als daß sie mit einander viel in Berührung kommen könnten. Bei der Principal-Intervention oder der eigentlich so zu nennenden Intervention will der Intervenient den dritten Mann abgeben, bei der accessorischen will er sich dem einen streitenden Theil nur anschließen, ihm die Waffen darreichen, mit oder neben ihm streiten. In jenem Fall erscheint eine neue Partei auf dem Kampfsplatz, die den bisherigen Streit stören will, in diesem ein Bundesgenosse, der am Streit Theil nehmen will. Aber wie verschieden beide sind, wird man am Besten erkennen, wenn wir ins Einzelne gehen und jede besonders betrachten, wie jetzt geschehen soll.

§. 1.

§. 1.

1) Von der Principal-Intervention.

In der Lehre von der Principal-Intervention treffen die neueren Rechtsgelehrten in einigen Stücken mit den alten zusammen, in anderen weichen beide von einander ab. Darin stimmen sie überein, daß auch namentlich bei der Principal-Intervention der Intervenient ein Interesse haben und nachweisen muß, ferner auch darin, daß die Intervention an denselben Richter gehört, bei welchem der bisherige Streit anhängig ist; nicht weniger darin, daß sie zu jeder Zeit angebracht werden kann; es steht dem Intervenienten nicht entgegen, daß er schon früher von dem Streit Kenntniß gehabt hat; an das, was bisher geschehen, ist er nicht gebunden, er fängt einen neuen Streit an. Abgesehen von dem Interesse, worüber ich mich bereits geäußert habe, ist alles Uebrige richtig und nichts dagegen zu erinnern. Noch in einem anderen Stück treffen beide zusammen. Die alten, wie die neuen Rechtsgelehrten bemerken von der Intervention, sie sey eine Klage und der Intervenient sey als Kläger anzusehen, dem Alles das zu thun gebührt, was sonst einem Kläger, z. B. dem Gegner der Kosten wegen Sicherheit zu leisten. Die alten Rechtsgelehrten sehen aber die Intervention, wie es scheint, in einem ganz anderen Sinn für eine Klage an, wie die neuen, und die Uebereinstimmung zwischen beiden ist mehr in den Worten, als der Sache nach vorhanden. Die Alten sehen die Intervention als eine solche für eine Klage an und zwar wahrscheinlich insofern, als sie kein bloßes Vertheidigungsmittel, sondern ein thätiger Angriff

ist, wodurch der Gegner gezwungen werden soll, etwas zu thun oder vielmehr nicht eigentlich zu thun, sondern zu unterlassen; allein die Neueren denken sich unter der Intervention eine gewöhnliche Klage, die gegen den Beklagten gerichtet ist und wodurch nicht in einen fremden Streit bloß störend eingefallen, sondern zugleich das Recht selbst, das Hauptrecht — gegen den Beklagten, mit Ausschließung des Klägers, geltend gemacht werden soll, und diese Klage denken sie sich als eingehüllt in die Intervention, so daß diese im Grunde einen doppelten Dienst verrichten würde, indem sie zu gleicher Zeit eine Intervention und eine Klage wäre und die letztere würde sogar die Hauptsache dabei seyn. Die Meinung des römischen Rechts ist es wohl gerade nicht, daß die Intervention eine Klage sey; sie kann indessen als thätiger Angriff allenfalls so angesehen werden; aber eine gewöhnliche Klage gegen den Beklagten, die neben der älteren erhoben wird und diese durchkreuzt, ist sie im römischen und canonischen Recht auf keinen Fall; eine dergleichen neue Klage würde auf die Intervention, sobald diese den beabsichtigten Erfolg hervorgebracht hat, folgen können, aber nach den Gesetzen würde sie nie neben ihr hergehen können und am wenigsten schon in ihr enthalten seyn. Ueberhaupt ist die Intervention der Neueren ein ganz anderes Ding, als was sie nach den Gesetzen ist und nach den Schriften der Alten. Nach der Theorie der Neueren entsteht durch die Intervention ein doppelter oder dreifacher Streit; der Intervenient will das Object, worüber gestritten wird, mit Ausschließung beider streitenden Theile sich aneignen und drei Personen sind es, welche gegen einander kämpfen, der Kläger, der Beklagte und der hinzu tretende Dritte.

Der bisherige Streit wird, nach der Lehre der Neueren, durch die Intervention nicht unterbrochen; nur dann bewirkt sie einen Stillstand des bisherigen Verfahrens, wenn der neue Streit für den älteren präjudiciell ist. Die Gesetze und die alten Rechtsgelehrten wissen nichts von einem Streit, worin alle drei, der Kläger und der Beklagte und der Intervenient, gegen einander streiten. Nach der Theorie der Alten will der Intervenient den einen der streitenden Theile, gewöhnlich den Kläger, entfernen. Alles geht dahin, daß durch die Intervention, wenigstens zunächst, nur ein Streit mit dem Kläger entsteht, — wahrscheinlich über das Recht, zu klagen, oder die Befugniß des Klägers, dem Beklagten ein gewisses Object zu entziehen, — und dieser neue Streit ist unter allen Umständen für den bisherigen Streit präjudiciell, weshalb auch der Richter unter allen Umständen spricht, daß die Hauptsache einstweilen ruhen solle [1]). Dieß war etwa die

---

[1]) *Mauritius* de jure interventionis §. 36. *Gribner* princ. proc. jud. lib. 1. cap. 7. sect. 1. §. 4. *Schaumburg* princ. prax. jur. jud. lib. 1. sect. 2. cap. 5. §. 2 et 3. *Struv.* syntagma tit. de jud. §. 71. nota IV. Hommels deutscher Flavius, unter dem Wort: Intervention §. 3. Wernher (obs. for. P. 2. obs. 469.) bemerkt von der Principal-Intervention, sie sey, wenigstens der Regel nach, für den bisherigen Streit präjudiciell. Qui (sc. principaliter interveniens) sicut ad ea, quae hactenus in judicio acta sunt, nequaquam adstrictus est, ita regulariter hujus generis interventio praejudicialis est; si enim tertio intervenienti res restituenda fuerit, omnia, quae deinceps inter actorem et reum in judicio gerentur, inania et sine effectu futura sunt. Der angeführte Grund ist der wahre nicht und beweist nur, daß der Rechtsgelehrte so wenig, wie An-

Lehre der Alten, so weit ich sie mir aus einzelnen Aeußerungen zusammensetzen konnte und diese Lehre stimmt mit den römischen und canonischen Gesetzen überein, wenn auch nicht die rechten Stellen dafür angeführt werden und die Schriftsteller selbst den Zusammenhang der Sache nicht eingesehen haben sollten. Erst in den Gesetzen fand ich den rechten Schlüssel zu dieser Lehre. Diese Lehre war ehedessen, wie es scheint, allgemein und ward ohne Widerspruch in den Gerichten befolgt; nur die neuere Zeit scheint in der Theorie, und vielleicht auch in der Praxis, sich davon entfernt zu haben [2]).

---

dere, die eigentliche Bewandniß, die es mit der Intervention hat, erkannt habe. Daß die Intervention den Lauf des bisherigen Prozesses hemmt, behauptet auch Nettelbladt pract. Rechtsgelahrtheit §. 103.

[2]) Vielleicht hat Claproth die neue Lehre auf die Bahn gebracht. Claproth (Grundsätze des ord. Prozesses §. 453.) bemerkt: Ist eine Intervention gegründet, so ist weiter zu untersuchen, ob die gegenwärtige Intervention so beschaffen sey, daß mit der Hauptsache stille gestanden werden oder selbige in ihrem Gange bleiben müsse. Dieß findet sich 1) wenn die Intervention als eine vorläufig zu entscheidende Sache (causa praejudicialis) anzusehen; 2) wenn die Intervention so beschaffen ist, daß, wenn der Intervenient obsiegt, der Streit zwischen dem Kläger und Beklagten völlig unnütz seyn würde, z. B. wenn zwei um eine Erbschaft streiten und der Fiscus selbige in Anspruch nimmt, welches in jedem vorkommenden Fall nach den Umständen zu beurtheilen ist. S. auch Danz Grundsätze des ord. Proz. §. 499. Am Entschiedensten hat Gönner die Idee eines dreifachen Streits und die Fortdauer des bisherigen angenommen und erörtert. Gönner Handbuch des Prozesses Bd. 1. Abh. 18. §. 6.

§. 2.

Fortsetzung.

Daß ein Dritter, der dieselben Ansprüche macht, wie der Kläger, sich in den fremden Streit mischen müßte, ja daß er es auch nur könne, um auf diese Art die Realisirung seiner Ansprüche gegen den Beklagten zu erzwingen, daran kann schon aus allgemeinen Gründen sehr wohl gezweifelt werden. Die Einmischung eines Dritten in einen fremden Streit, wenn dieser nicht in der Absicht kommt, dem Streit zu wehren, er sich auch nicht auf die Rolle eines Gehülfen beschränken, sondern zu dem alten Streit einen neuen hinzufügen will, scheint zu gleicher Zeit unangemessen und unnöthig zu seyn. Wer mit den Regeln unseres Prozesses auch noch so vertraut ist, wird sich schwerlich in einen Streit finden können, der zu gleicher Zeit und über dasselbe Object zwischen drei Personen geführt wird, die alle gegen einander streiten; ihm wird es ein sehr natürlicher Gedanke seyn, daß nur zwischen zweien ein Streit vor Gericht Statt finden könne, daß die Regeln des Prozesses nur auf einen einfachen Streit berechnet, die Formen des gerichtlichen Verfahrens für keinen selbstständig mit streitenden Dritten eingerichtet sind. Und wozu bedarf es dieser Einmischung, da ja dem Dritten, wenn ihm besser begründete Ansprüche zustehen, der Streit, den Andere unbefugterweise über ein Object führen, was ihm gebührt, gleichgültig und das Urtheil, wodurch der Richter diesen Streit entscheidet, wie es auch ausfallen mag, nicht nachtheilig seyn kann.

Aber eben so verwerflich, ja fast in einem noch höheren Grade verwerflich scheint es zu seyn, wenn es dem

Dritten erlaubt wird, in der Absicht zwischen die streitenden Theile zu treten, um den einen streitenden Theil vom Kampfplatz zu entfernen und besonders den Kläger zu hindern, gewisse Ansprüche bei Gericht zu verfolgen. Diese Ansprüche zu prüfen und darüber zu urtheilen, ob sie gegründet sind, das gebührt von Amtswegen dem Richter; er wird den Kläger abweisen, wenn sie es nicht sind, auch ohne die Dazwischenkunft des Dritten; und sollte es nicht geschehen, was schadet dieß dem Dritten? Er kann um einen Streit unbekümmert seyn, der ihn nicht angeht und dessen Ausgang ihm nach der Regel: Res inter alios judicata tertio non nocet, nicht nachtheilig seyn kann. Glaubt er, besser begründete Ansprüche zu haben, so kann es ihm nur gebühren, sie besonders geltend zu machen, nicht etwa gegen den anderen Prätendenten, sondern gegen den Gegner desselben. Ueberhaupt kann das Recht, was Jemand bei Gericht geltend machen will, nur in der Gestalt einer gerichtlichen Klage geltend gemacht werden, die, auf Realisirung des Rechts gerichtet, bei dinglichen Ansprüchen gegen den Besitzer, bei persönlichen gegen denjenigen angebracht werden kann, dem die Verbindlichkeit obliegt, die dem Recht correspondirt, und der Dritte scheint gar nicht befugt zu seyn, den bisherigen Kläger durch eine bloß zu diesem Zweck angestellte Klage zu hindern, neben ihm Ansprüche auf die Sache zu machen, eben so wenig, als dieser ihn. Zwar gibt es Rechte, die bloß auf den Schutz eines Anderen gerichtet sind und die man bei Gericht besonders geltend machen kann; aber sie sind gegen denjenigen gerichtet, gegen welchen das Hauptrecht gerichtet ist und hier soll gegen einen Dritten ein Angriff gemacht, ein Kläger am Klagen gehindert werden; nicht der

Beklagte soll ihm das Recht, zu klagen, sondern ein Dritter es ihm streitig machen und dem Streit selbst ein anderer, über das Recht, zu streiten, vorhergehen dürfen. Kann dieß wohl erlaubt seyn? Nein, ein bloßer Streit über das Recht, zu streiten, von Seiten eines Dritten gegen den bisherigen Kläger erregt, scheint noch weniger erlaubt zu seyn, als ein doppelter oder dreifacher Streit zwischen dem Kläger und dem Beklagten und dem zwischen beide tretenden Dritten. Gibt es aber eine solche Art von Dazwischenkunft, die bloß darauf berechnet ist, den einen streitenden Theil am Streit zu hindern, folglich die streitenden Theile auseinander zu bringen, dann läßt es sich allerdings vertheidigen, daß der bisherige Streit ruhen muß, bis der neue abgemacht ist. Es muß dieß geschehen, nicht deshalb, weil der neue Streit für den alten präjudiciell ist, sondern nach der Regel: *Pendente lite nihil innovandum.* Hat ein Dritter die Befugniß, sich in einen anhängigen Streit zu mischen, um dem Kläger das Recht, zu klagen, streitig zu machen und sich an seine Stelle zu setzen, so muß auf den erhobenen Einspruch dieses Dritten Alles *in statu quo* gelassen werden; es darf das, was verhindert werden soll, nicht zu gleicher Zeit als zulässig bestritten werden und — geschehen.

§. 3.

Fortsetzung.

Sehen wir jetzt, was in dieser Hinsicht dem römischen Recht gemäß ist. Wenn im römischen Recht vom Hinzutreten eines Dritten zu einem anhängigen Prozeß die Rede ist, welcher, wenn gestritten wird, mit dabei seyn will, so ist gewöhnlich dasjenige gemeint, was wir accessorische

Intervention nennen. Es kommt zwar auch, wie wir sehen werden, eine Intervention anderer Art darin vor und zwar eine, die nicht füglich mit einem anderen Namen bezeichnet werden kann, als demjenigen einer Principal-Intervention, sie hat jedoch einen anderen Zweck und eine andere Bedeutung, als die Principal-Intervention der Neueren, während ihre Natur mit demjenigen wohl zusammenstimmt, was die alten Rechtsgelehrten von der Principal-Intervention lehren. Es konnte freilich bei den Römern so gut, wie bei uns, der Fall eintreten, während zwei gegen einander vor dem Richter standen und um eine Sache stritten, daß ein Dritter darüber zukam, welcher die Sache als die seinige in Ansprache nahm. Dann aber mischte sich nicht dieser Dritte in den fremden Streit, es stritten nicht drei gegen einander, noch der Intervenient gegen den Nebenbuhler, also Kläger gegen Kläger, sondern beide gegen den Beklagten; neben dem alten Streit zwischen dem klagenden Mevius und dem verklagten Titius entspann sich ein neuer zwischen dem jetzt auftretenden Sempronius und dem Titius. Der Beklagte hatte von jetzt an zu gleicher Zeit einen doppelten Kampf zu bestehen, einen mit dem alten Kläger und einen anderen mit dem neuen. Jeder Prozeß ging seinen ruhigen Gang, ohne Rücksicht auf den anderen, als wäre dieser gar nicht da, und nur dieß Eine ward in Rücksicht auf den Nebenstreit beobachtet, daß, wenn der Richter einem dieser beiden Kläger die Sache zugesprochen hatte, ihm dieselbe nicht eher überliefert ward, bevor er nicht eine cautio de restituendo geleistet hatte [1]). Diese Caution forderte

---

[1]) L. 57. D. de rei vind. L. 57. D. de hered. petit. Meine Lehre vom Eigenthum S. 370 folg.

nicht der zweite Kläger von dem ersten oder umgekehrt, sondern der Beklagte forderte sie von dem Sieger; jener wollte dadurch fähig bleiben, dem zweiten Prätendenten gerecht zu werden, wenn er im Streit gegen diesen gleichfalls das Schicksal haben sollte, besiegt zu werden. Denn der Prozeß zwischen dem zweiten Kläger und dem Beklagten ging nach der Herausgabe der streitigen Sache, wie vorher, ruhig seinen Gang und der erste Kläger, der die Sache erstritten hatte und jetzt im Besitz derselben war, nahm auch nach dem Siege keinen Theil an einem Streit, dessen Ausgang ihm doch nicht gleichgültig seyn konnte. Ward sie dem Nebenbuhler zugesprochen, so mußte er, vermöge jener Caution, sie dem Beklagten zurückgeben, von dem sie sodann wiederum an den Nebenbuhler gelangte. Nur ein Mittel blieb ihm ohne Zweifel, sein Eigenthum zu behaupten, er mußte nämlich zum zweiten Mal den Kampfplatz betreten und um einen Preis, den er schon einmal erstritten hatte, aufs Neue und zwar dießmal gegen den Nebenbuhler, als den jetzigen Besitzer, streiten.

§. 4.
Fortsetzung.

Die Ausleger haben in folgender Stelle eine Principal-Intervention finden wollen, es ist aber wenigstens sehr zweifelhaft, ob sie darin enthalten sey.

L. 34. D. soluto matrim.

Titia divortium a Sejo fecit. Hanc *Titius* in sua potestate esse dicit, et dotem sibi reddi postulat. Ipsa se matremfamilias dicit, et de dote agere vult. Quaesitum est, quae partes judicis sint? Respondi, patri, nisi probet filiam non solum in sua

potestate esse, sed etiam consentire sibi, denegandam actionem: sicuti denegaretur, etiam si constaret, eam in potestate esse.

In dem Fall, wovon hier die Rede ist, waren der Tochter bei ihrer Verheirathung vom Vater gewisse Sachen zum Brautschatz mitgegeben, und da nun die Ehe getrennt ward und zwar beim Leben der Tochter, legte der Vater sich das Recht bei, die Sachen zurückzufordern. Bekanntlich fordert der Vater, wenn die Ehe beim Leben der Tochter getrennt wird, dotem profectitiam zurück, insofern die Tochter dann noch unter der väterlichen Gewalt steht. Er fordert ihn vi patriae potestatis zurück und zwar mit Einwilligung der Tochter; nam dos a patre profecta ipsius et filiae dos est [1]). In diesem Fall behauptete aber die Tochter, sie stehe nicht mehr unter der väterlichen Gewalt und folglich habe auch der Vater nicht das Recht, den Brautschatz zurückzufordern. War hier eine Intervention vorhanden? Es erhellet gar nicht, daß der Vater gegen den Mann auf Zurückgabe des Brautschatzes geklagt und die Tochter zur Wahrnehmung ihrer Rechte sich in den Streit gemischt hatte. Eben so wenig ist aus der Stelle zu ersehen, daß Vater und Tochter mit einander vor Gericht stritten, wem die Forderung gegen den Dritten und das Recht, zu klagen, zustehe. Es erhellet nicht, daß hierüber zwischen diesen beiden Verhandlungen und Erörterungen vor Gericht Statt fanden und daß zur Schlichtung dieses Streits ein Urtheil gesprochen ward, sondern der Rechtsgelehrte entscheidet den Fall dahin, um gegen den Dritten auf Zu-

---

[1]) L. 2. §. 1 et 2. D. Soluto matrimonio dos quemadmodum petatur.

rückgabe des Brautschatzes klagen zu können, müsse der Vater, wie er außerdem auch hätte thun müssen, beides conjunctim erweisen, die Fortdauer der väterlichen Gewalt und die Einwilligung der Tochter. Die Entscheidung hat es bloß mit dem Verhältniß des Vaters zu dem Dritten zu thun, gegen welchen dem Vater, wenn er jenen Beweis nicht führt, eine Klage versagt wird.

Außer der angeführten Stelle — L. 34. D. Sol. matrim. — pflegen die Ausleger noch zwei andere anzuführen, nämlich L. 31. §. 1. D. Depositi und L. 29. pr. D. de inoff. testam. [2]); allein jene enthält weiter nichts, als daß neben demjenigen, der eine fremde Sache in Verwahrung gegeben hat, auch der Eigenthümer sie vom Depositar zurückfordern könne und diese bezieht sich auf die accessorische Intervention.

§. 5.

Fortsetzung.

Es gibt aber doch ein Paar Stellen im römischen Recht, wornach, auf Veranlassung eines Rechtsstreits zwischen zwei Parteien, ein dabei betheiligter Dritter auftreten kann, nicht um dieselben Ansprüche, wie der Kläger, gegen den Beklagten geltend zu machen, auch nicht, um dem einen beizustehen, sondern um einen der streitenden Theile und namentlich den Kläger, vom Kampfplatz zu vertreiben. Er kann im Lauf des Prozesses auftreten, um den Kläger am Klagen oder an der Fortsetzung der Klage zu hindern; — er kann auch nach Beendigung des Streits auftreten,

---

[2]) *Schaumburg* Princ. l. c. §. 1. nota 2. Danz Grundſ. des ord. Proz. §. 793. Note d.

um das Object, was der Kläger in Folge des richterlichen Ausspruchs dem Beklagten entzogen hat oder entziehen will, ihm nicht zu überlassen. Beide diese Fälle können zu denjenigen gerechnet werden, was wir gegenwärtig die Principal-Intervention nennen; denn im römischen Recht ist, den Worten nach, so wenig von einer Principal-Intervention, als von einer accessorischen die Rede. Vom Auftreten eines Dritten zu einer Zeit, wenn es mit der Sache schon bis zur Vollziehung gekommen ist, wird in der Folge die Rede seyn; für jetzt haben wir es mit dem ersten Fall zu thun. Von diesem ersten Fall handelt Marcianus in jener höchst merkwürdigen Stelle, die schon in der vorigen Abhandlung mitgetheilt ist; nämlich **L. 63. D.** de re jud. [1]).

Wir sehen aus dieser Stelle, wenn Zwei sich das Eigenthum derselben Sache — kein bloßes condominium, sondern solitarium — beilegen, dann kann der eine Prätendent im Streit des anderen gegen den Besitzer, wie Marcianus, in Uebereinstimmung mit anderen Stellen, ausdrücklich lehrt, nicht als Intervenient auftreten. Eben so wenig der Miterbe im Streit des Gläubigers gegen den Miterben. Ein Dritter kann überhaupt nur als Intervenient auftreten, wenn er in gewissen Verhältnissen zu dem Kläger steht, vermöge deren er ihn hindern kann, zu klagen, weil es ihm *primo loco* gebührt,

---

[1]) Die Stelle ist in der vorigen Abhandlung *in extenso* mitgetheilt. Ein kurzer Auszug, wenn auch wohl nicht ein ganz getreuer, ist folgende Stelle des canonischen Rechts: *cap.* 25. *X. de sent. et re jud.* Quamvis regulariter aliis non noceat res inter alios judicata: ei tamen, qui cum sibi primum de ea re actio vel defensio competebat, sustinuit sequentem agere, ac illi etiam, qui passus est eum, a quo causam habuit, experiri, est praejudicium generatum.

Klage zu erheben, während es dem Anderen nur *secundo loco* zusteht. So kann der Gläubiger den Schuldner hindern, über das Eigenthum des Pfandes, der Ehemann den Schwiegervater oder die Frau, über das Eigenthum einer zum Brautschatz gegebenen Sache, der besitzende Käufer den Verkäufer, über das Eigenthum der verkauften Sache zu streiten. In allen diesen Fällen steht dem Dritten ein *jus prohibendi* gegen den Anderen zu, vermöge dessen er den Kläger hindern kann, zu klagen oder die Klage fortzusetzen, und bloß um dieß jus prohibendi geltend zu machen, in keiner anderen Absicht, also nicht um zugleich selbst zu klagen u. s. w. tritt er als Intervenient auf. Er tritt auf, bloß um den streitenden Theil auszuschließen. — Es ist damit, um es beiläufig zu bemerken, nicht gerade gesagt, daß, wenn dieß mit Erfolg geschehen ist und er darauf Klage erhebt, was eine von der Intervention geschiedene, eine neue Handlung ist, der Ausgeschlossene nicht, seines Interesse wegen, in dem neuen Streit als Beistand auftreten dürfte; dieß wird er allerdings dürfen und der vormalige Intervenient und jetzige Kläger wird es geschehen lassen, er wird dulden müssen, daß jener neben ihm und mit ihm für dieselbe Sache streitet, was ohnehin für ihn mehr wünschenswerth, als zu meiden ist. — Ein jus prohibendi steht aber, wenn Zwei sich das Eigenthum derselben Sache beilegen, obgleich es Einem nur zustehen kann, dem Anderen nicht zu; eben so wenig dem Miterben gegen den Miterben.

§. 6.
Fortsetzung.

Für die Lehre der Alten von der Principal-Intervention im Sinne der Alten läßt sich auch das canonische

Recht benutzen und zwar eine Stelle desselben, die für die accessorische angeführt zu werden pflegt, die es aber mit der Principal-Intervention zu thun hat. Dieß ist cap. 38. X. de testibus. Hier finden wir einen Intervenienten, der gegen den Kläger auftritt, weil er ein besseres Recht auf das Object der Klage zu haben behauptet, wir finden ein Interesse, was von Seiten des Intervenienten vor allen Dingen nachgewiesen werden muß und sodann einen Streit zwischen dem Intervenienten und dem Kläger, wodurch der vorige Streit einstweilen zum Stillstand gebracht wird.

§. 7.

Fortsetzung.

Das römische und canonische Recht weiß also nichts von einer Intervention, die im Lauf des Streits als eine zweite Klage gegen den Beklagten angebracht würde. Beide stimmen darin überein, daß der Intervenient seinen Antrag gegen den Kläger richtet, um ihn zu entfernen und von dem Object, worüber gestritten wird, abzuhalten. In Folge dessen kann ein besonderer Streit über das Recht, zu klagen und zu streiten, Statt finden und zwar zwischen Personen, die dieses Recht auf dieselbe Art in Ansprache nehmen. Während gewöhnlich nur der Schuldner es ist, über dessen Verbindlichkeit gegen den Kläger vor Gericht gestritten wird, sind es hier Prätendenten, die sich einander das Recht streitig machen.

Das Recht des Dritten, zwischen streitende Theile zu treten, um den Kläger zu entfernen, hat aber nach römischem Recht sehr enge Grenzen; es steht nämlich nicht Jedem zu, der ein besseres Recht, wie der Kläger, zu haben

behauptet, sondern, wer mit Erfolg als Intervenient auftreten will, dem muß ein jus prohibendi gegen den Kläger zustehen, vermöge dessen er ihn am Klagen und Streiten hindern kann. Wir haben namentlich gesehen, daß, wenn Zwei sich das Eigenthum derselben Sache beilegen, keiner den anderen hindern kann, seine Ansprüche gegen den Besitzer bei Gericht zu verfolgen und daß jeder Streit ohne Störung eines sich darein mischenden Dritten seinen Gang geht. Eben so wird auch bei persönlichen Ansprüchen keine Intervention Statt finden und der Sieg, den der eine Prätendent davon trägt, dem anderen, dessen Recht besser begründet ist, nicht nachtheilig seyn können. Das canonische Recht scheint aber in jener, im vorigen §. angeführten Stelle eine Intervention in Fällen zugelassen zu haben, in welchen sie dem römischen Recht, wenn auch nicht geradezu entgegen, doch den Grundsätzen desselben nicht angemessen seyn würde. Könnte ein besseres Recht eine Intervention begründen, so müßte eine solche auch im Streit des Einen, der sich das Eigenthum beilegt, von Seiten des Anderen, der es sich gleichfalls anmaßt, Statt finden. An eine beabsichtigte Abweichung von den Grundsätzen des römischen Rechts ist hier jedoch nicht zu denken; vielleicht sollten hier nur die Grundsätze zur Anwendung kommen, die nach römischem Recht von der Intervention bei der Execution gelten und wir in der Folge kennen lernen werden. Doch kann es auch seyn, daß die Lehre der Glossographen über den Sinn von L. 34. D. Sol. matrim. hier zum Grunde liegt. Und das Letztere ist mir das Wahrscheinlichste.

Wir haben gesehen, nach der Lehre der Rechtsgelehrten muß auch namentlich bei der Principal-Intervention von Seiten des Intervenienten vor allen Dingen ein Interesse

nachgewiesen werden; und nun wird in der angeführten Stelle des canonischen Rechts ein Interesse und der Beweis eines solchen vom Intervenienten verlangt; es findet daher, wie es auf den ersten Anblick scheint, jene Lehre der Rechtsgelehrten hier ihre Bestätigung. Allein, wenn auch in diesem Fall ein Interesse nachgewiesen werden mußte, daraus folgt noch nicht, daß dieß in anderen Fällen gleichfalls nöthig sey. In dem Fall, wovon die Stelle handelt, war in der Sache schon geurtheilt, ja sie stand schon zur Execution; das Urtheil war sogar zum Theil schon vollzogen. Diese Lage der Sache erklärt es, warum der Intervenient, wenn er überhaupt Gehör finden und den weiteren Fortgang der Sache aufhalten wollte, ein Interesse nachweisen mußte [1]).

§. 8.

Fortsetzung.

Wenn, nach römischem Recht, ein Dritter dem Kläger unter gewissen Bedingungen das Recht zu klagen streitig machen und, nach canonischem, ein besseres Recht dieselbe Wirkung hervorbringen kann, so bedurfte es allenfalls nur noch eines Schritts weiter, um zu der Intervention zu gelangen, wovon in den Schriften der Neueren die Rede ist. Womit ich jedoch nicht sagen will, daß die Sache diesen Gang genommen habe. Man kann die Intervention der Neueren wenigstens von der Seite ansehen; als sey da-

---

[1]) Daß ein Interesse nachgewiesen werden mußte, weil die Sache schon zur Execution stand, bemerkt auch J. H. Böhmer in der Note 80. zu jener Stelle.

dadurch die Intervention des römischen und canonischen Rechts beibehalten und nur noch etwas hinzugefügt. Indem der Dritte auftritt, um das Object, worüber gestritten wird, für sich zu erlangen, macht er dem Kläger das Recht, deshalb zu klagen, streitig und zu gleicher Zeit stellt er — dieß wäre hinzugefügt — die Klage gegen den Beklagten an. Die Intervention der Neueren würde also sich nicht darauf beschränken, Intervention zu seyn, sondern sie würde, ihrem Hauptinhalt nach, gegen den Beklagten gerichtet, eine zweite Klage gegen diesen in sich schließen und es würde ein Streit zwischen Dreien, ja, da sich das Interventionsrecht nicht gerade auf einen Dritten beschränken läßt, wenn man es einmal statuirt, vielleicht zwischen noch Mehreren herbeigeführt werden, von denen jeder Gegner eines jeden wäre, gleichsam als wäre das Object des Streits zwischen ihnen in die Mitte geworfen und Jeder griffe darnach und suchte den Anderen davon abzuhalten. Eine solche Art von Intervention, wenn sie nur nicht zu verwickelt und die Sache überhaupt ausführbar wäre, scheint — wenigstens auf dem Papier — der römischen nicht nachzustehen. Bei allem Streit ist der Beklagte, welcher geben und leisten soll, die Hauptperson und wenn zwei darüber streiten dürfen, wer von ihnen besser berechtigt sey, zu klagen oder zu fordern, ohne daß der Verpflichtete mitgestritten hat, so kann es leicht seyn, daß, indem sie über ein Recht stritten, was jeder sich mit Ausschluß des Anderen beilegte, sie über ein Object mit einander gestritten haben, wovon es sich in der Folge ausweist, daß es gar nicht existirt, und also der Sieg, den der Eine über den Anderen davon getragen, nur ganz vergebens erfochten ist. Nach römischem Recht findet aber eine solche Art von Intervention überhaupt nur in

wenigen Fällen Statt; es ist nur ausnahmsweise erlaubt, daß Einer den Anderen an der Verfolgung gewisser Ansprüche hindern darf; eine Einmischung eines Andern, der als eine dritte Partei und auf eine selbstständige Art am bisherigen Streit Theil nehmen will, findet aber gar nicht Statt, sondern von mehreren Prätendenten verfolgt, wie wir gesehen haben, jeder seine Ansprüche für sich. Wie leicht kann es da nun nicht geschehen, daß in den verschiedenen Streitigkeiten verschieden lautende Entscheidungen ergehen, daß der Richter heute dem Einen die Sache zuspricht, die er sich genöthigt sieht, durch eine spätere Entscheidung dem Anderen zuzusprechen, um sie ihm auf erhobene Klage des einen Prätendenten gegen den anderen durch einen folgenden Urtheilsspruch vielleicht wiederum abzusprechen. Es bleibt zwar dieß auch bei einem anderen Verfahren möglich, weil es immer seyn kann, daß außer denen, die sich gemeldet haben, noch wieder Andere da sind, die mit gleichen Ansprüchen sich nicht gemeldet haben. Indessen scheint es doch auf allen Fall besser zu seyn, wenn die Ansprüche, die sich hervorgethan haben, zu gleicher Zeit erörtert und geschlichtet werden, wenn über alle in einem Streit gestritten, durch einen Urtheilsspruch über alle entschieden wird. Und dieß eben geschieht bei der Intervention der Neueren. Vor dem Hinzutreten des Intervenienten ist nur ein Streit vorhanden gewesen und nach seinem Eintreten ist ein Streit geblieben, nur daß die Zahl der Personen, welche streiten, sich vermehrt hat. Man kann freilich die Sache auch von der Seite ansehen, daß hier drei Streitigkeiten geführt werden, nämlich eine zwischen dem Kläger und dem Beklagten, eine zweite zwischen dem Intervenienten und dem Beklagten, eine dritte zwischen dem

Intervenienten und dem Kläger, aber, wie sie alle sich auf dasselbe Object beziehen, welches der Kläger und der Intervenient von dem Beklagten erstreiten und wovon sie einander ausschließen wollen, vereinigen sich diese verschiedenen Streitigkeiten am Ende alle zu einer. Der Richter, durch dieß Verfahren in den Stand gesetzt, die Ansprüche eines jeden, die Gründe, die für ihn streiten und die ihm entgegenstehen, zu gleicher Zeit in Betrachtung ziehen, Alles auf einmal übersehen und der am Besten begründeten Ansprache den Vorzug geben zu können, entscheidet den Streit durch einen Ausspruch, der für Alle maßgebend ist; er urtheilt nämlich, ob dem einen der Prätendenten (mit Ausschluß der übrigen) das in Ansprache genommene Recht gegen den Beklagten wirklich zustehe und in Folge dessen das streitige Object zu überlassen sey oder nicht. Ein solches Aufnehmen des neuen Streits in den alten, eine solche Vereinigung beider würde dann nicht sowohl um des Intervenienten willen geschehen, sie wenigstens nicht aus einem Recht desselben hergeleitet werden können; vielmehr würde sie als eine Vorkehrung von Seiten des Staats zur besseren Einrichtung der Rechtspflege zu betrachten seyn.

Nehme ich nun an, daß ein Verfahren dieser Art zulässig, daß es, wenn gleich nicht durch Gesetz, wohl aber durch Gebrauch eingeführt sey und vermöge desselben das Prinzip der Einheit des Streits und der Entscheidung für Fälle dieser Art zur Richtschnur diene, so könnte die Frage aufgeworfen werden, die ich heir kürzlich erörtern will, ob es zu dulden sey, daß eine spätere Klage, die mit der früheren in Collision geräth, ohne Rücksicht auf diese erörtert

und entschieden wird. Hängt es von dem Willen dessen ab, der eine Sache in Ansprache nimmt, die schon vor ihm ein Anderer in Ansprache genommen hat, ob er sich in den Streit mischen will, und darf er nicht statt dessen seine Ansprüche bloß gegen den Beklagten verfolgen? Ob er klagen will, das hängt freilich von seinem Willen ab, aber kann er verlangen, daß diese Sache ihren besonderen Gang gehe? Müßte nicht vielmehr der Richter, bei dem ein in Ansprache genommenes Object von einem Anderen aufs Neue in Ansprache genommen wird, die spätere Klage schon ex officio als Principal-Intervention behandeln und dem gerichtlichen Verfahren nach den Regeln derselben die Richtung geben? Indem der zweite Kläger ein Object, worüber zwei streiten, für sich verlangt, tritt er *ipso facto* unter die Streitenden und will die Sache, die der (erste) Kläger haben und der Beklagte nicht fahren lassen will, beiden entziehen. Wozu bedarf es der Worte, wenn die That redet?

§. 9.

Vom gerichtlichen Verfahren bei der Principal-Intervention.

Ich will jetzt von dem gerichtlichen Verfahren bei der Principal-Intervention handeln. Das Verfahren bei einer römischen Principal-Intervention ist sehr einfach und nicht nöthig, daß wir uns dabei aufhalten. Desto verwickelter scheint es bei einer Principal-Intervention im Sinne der Neueren zu seyn. Ich begnüge mich, Folgendes darüber zu sagen.

Die Neueren, wenn sie gleich die Intervention als eine Klage ansehen, wodurch ein Streit zwischen Dreien entsteht, sind doch darüber nicht ganz einverstanden, wer in diesem

Streit der eigentliche wahre Beklagte sey [1]). Nach meinem Ermessen kann die Frage, wer hier der Beklagte oder gegen wen die Principal-Intervention im Sinne der Neueren eigentlich zu richten sey, gar keine Schwierigkeiten erregen.

Ginge die Absicht des Intervenienten bloß dahin, den Kläger von dem Object der Frage abzuhalten oder ihn an der Verfolgung gewisser Ansprüche zu hindern, kurz, wäre hier von dem die Rede, was im Sinne des römischen und canonischen Rechts Intervention ist, so würde diese gegen den Kläger zu richten und die Frage, wessen Ansprüche besser begründet sind, bloß unter den beiden Prätendenten auszumachen seyn. Wenn aber der Intervenient die Ansprüche, die er auf die Sache macht und die ihn folgeweise eben berechtigen sollen, den Kläger davon abzuhalten, zu gleicher Zeit selbst durchsetzen will und dieß auch, wie ich hier voraussetzen muß, eine erlaubte Art von Intervention ist, so ist klar, daß sie hauptsächlich gegen den Beklagten gerichtet seyn müsse. Sie ist eine Klage, die von einer gewöhnlichen bloß dadurch verschieden ist, daß sie gegen einen Beklagten gerichtet ist, der desselben Gegenstandes wegen bereits von einem Anderen belangt ist, welchen der neue Kläger davon ausschließen will, indem er das Object, wovon die Rede ist, von dem Beklagten vor dem Kläger zu erstreiten beabsichtigt. Dieser Unterschied bezieht sich nicht sowohl auf die Sache selbst, als vielmehr auf das gerichtliche Verfahren. Er bewirkt nur, daß der neue Streit mit dem alten vereinigt wird und der Beklagte fortan einen doppelten Angriff auszuhalten hat. Er muß zu gleicher Zeit gegen zwei Angriffe sich vertheidigen; er ist

[1]) S. Gönner Handbuch des Proz. erster Band. Abh. 18. §. 5.

Beklagter nicht bloß im Verhältniß zu dem ersten Kläger, sondern auch zu dem zweiten. Denn er ist derjenige, von welchem das Object (von zweien) gefordert wird; er ist derjenige, welcher verurtheilt werden soll; während der erste Kläger, wie überhaupt ein Kläger, nur abgewiesen werden kann. Die Intervention, insofern sie eine zweite Klage in sich schließt, kann also nur gegen denjenigen angestellt werden, gegen welchen die erste erhoben war; dieser ist es, *cum quo agitur*. Der erste Kläger kann nicht Beklagter seyn, er ist vielmehr Kläger neben dem zweiten; beide fordern (dasselbe Object); beide greifen an; der zufällige Umstand, daß der eine früher, der andere später seine Klage erhoben hat, kann keine Aenderung hervorbringen. Der erste Kläger ist nur einem Beklagten insofern ähnlich, daß er sich (neben dem Beklagten) gegen den Intervenienten, insofern ihn dieser von der Rechtsverfolgung oder von der Sache abhalten oder ausschließen will, vertheidigen darf; aber dieser befindet sich mit ihm im Grunde in gleicher Lage; denn indem der erste Kläger klagte, hat er durch die That erklärt, daß er jeden anderen und also auch den zweiten Kläger von der Sache abhalten und ausschließen wolle. Das ganze Verfahren muß nun darauf berechnet seyn, daß der Beklagte, wie gegen den ersten, also auch gegen den zweiten Kläger vollständig gehört wird und daß beide, der Kläger und der Intervenient, Gelegenheit haben, da sie sich einander von der Sache ausschließen wollen, sich gegen einander zu vertheidigen und das behauptete bessere Recht darzulegen.

Zuvörderst läßt es sich denken, daß schon die Zulässigkeit der Intervention überhaupt, wenn der Kläger seine Klage als Intervention vorgetragen oder der Richter sie als

solche behandelt hat, bestritten wird, wozu allerdings Gründe vorhanden seyn können. Hier geht das Interesse der bisherigen streitenden Theile Hand in Hand; sie können daher einstweilen Frieden mit einander schließen, um den gemeinschaftlichen Feind abzutreiben, damit sie ihren Streit hernach in Ruhe fortsetzen und zu Ende bringen können.

Die Alten und Neueren nehmen an, ein Dritter, der sich in einen bereits anhängigen Streit mischt, müsse, wenn er überhaupt Gehör finden wolle, vor allen Dingen ein Interesse nachweisen, auch bei der Principal-Intervention. Aber worauf gründet sich diese Meinung? Stellen des römischen Rechts, wodurch sie bewiesen würde, gibt es nicht; es werden auch keine angeführt. Selbst im canonischen Recht findet sie keine Bestätigung, wie ich schon oben gezeigt habe; auch pflegen die Rechtsgelehrten sich nicht darauf zu stützen. Man möchte nun glauben, der Beweis des Interesse werde vielleicht deshalb gefordert, damit die Störung, die in einem Prozeß, der schon im vollen Gange ist, von Seiten eines Dritten hervorgebracht werden soll, gerechtfertigt werde. Aber, nein; nach der Lehre der Alten, welche diese Nachweisung zuerst auf die Bahn brachten, soll sie vielmehr dazu dienen, den Verdacht von Betrug, Collusion u. s. w. zu entfernen. Ein solcher Verdacht gründet sich im Allgemeinen auf nichts und müßte doch in einzelnen Fällen erst wirklich vorhanden seyn, wenn er entfernt werden sollte. Der Beweis des Interesse, der von dem Hauptbeweise verschieden, nur ein leichter und vorläufiger seyn soll und auf die Sache selbst ohne Einfluß seyn würde, erscheint als eine unnütze Last, die dem Intervenienten mit Recht nicht aufgebürdet werden kann. Er hat im Grunde nicht einmal ein Interesse, sich in einen frem-

den Streit zu mischen, wohl aber, zu klagen, und daß ein Interesse dieser Art vorhanden sey, folgt aus dem Daseyn des Rechts, was zwar nöthigen Falls bewiesen werden muß, der Intervenient aber eben so wenig, wie sonst ein Kläger, schon gleich Anfangs zu beweisen nöthig hat. Auch er kann das Beweis-Interlocut des Richters abwarten, um das, worauf seine Intervention sich gründet, das Daseyn des in Ansprache genommenen Rechts und somit den Grund der Klage, nicht etwa obenhin, sondern vollständig zu erweisen.

Kommt es nun zum Beweise, so läßt sich im Allgemeinen leicht angeben, was in dieser Hinsicht geschehen müsse.

Hat Einer geklagt und nun tritt ein Anderer mit denselben Ansprüchen auf, so verlangt er zweierlei, er will das Object, wovon die Rede ist, von dem Beklagten erzwingen und will auch den ersten Kläger davon ausschließen. Dasselbe will auch der erste Kläger. Jeder von ihnen begehrt das Object vom Beklagten und will den Nebenbuhler davon ausschließen. Wer von ihnen mit Erfolg streiten will, muß also beweisen, daß ihm ein Recht zustehe, vermöge dessen das Object, wovon die Rede ist, ihm gebühre, nicht dem Beklagten, auch nicht dem anderen Kläger. Gewöhnlich wird es genügen, wenn bloß das Daseyn des Rechts bewiesen wird; im Verhältniß zum anderen Kläger kann es bisweilen nöthig seyn, daß ein vorzüglicheres Recht bewiesen wird, nämlich, wenn der Nebenbuhler bewiesen hat, daß ihm gleichfalls ein Recht auf die Sache zustehe. Gewöhnlich wird der Vorzug des Einen vor dem Anderen schon aus dem Daseyn des Rechts folgen; wenn der Eine ein Recht auf die Sache hat und dieß beweist, wird der Andere kein Recht und keines bewiesen haben, z. B. zwei legen

sich das Eigenthum derselben Sache bei; da das Eigenthum nur Einem zustehen kann, so folgt schon aus dem Beweise, den der Eine geführt hat, daß ihm das Eigenthum zustehe, daß es dem Anderen nicht zustehe. In anderen Fällen wird außer der Existenz des Rechts auch der Vorzug vor dem Nebenbuhler dargethan, es wird ein sogenanntes besseres Recht, nämlich daß die Ansprüche des Einen besser begründet sind, wie diejenigen des Anderen, der Eine den Vorzug vor dem Anderen habe, bewiesen werden müssen.

Es scheint sich übrigens von selbst zu verstehen und keiner besonderen Bemerkung zu bedürfen, daß jeder der beiden bisher streitenden Theile gegen den Neuauftretenden sich besonders vertheidigt. Gleichwohl lehrt Claproth[2]): Wenn die Absicht dahin gehet, den Kläger und Beklagten auszuschließen und sich das Recht allein anzumaßen, so muß die Intervention gegen beide streitende Theile gerichtet werden, welche sodann wider den Intervenienten gemeinschaftliche Sache machen und nicht in besonderen, sondern in einerlei Schriften sich vertheidigen, zu dem Ende auch gemeinschaftliche Vollmacht ausstellen müssen. In dem Beispiel, was Claproth anführt, möchte ein Verfahren dieser Art möglich seyn. Dieß Beispiel ist, daß zwei über eine Erbschaft streiten, indem der Eine sie ab intestato, der Andere aber ex testamento in Ansprache nimmt und nun tritt ein Dritter auf und fordert sie aus einem Erbvertrage. Allein, der Regel nach scheint es verwerflich zu seyn. Kann man überhaupt Mehrere zwingen, gegen einen Dritten gemeinschaftliche Sache zu machen? Und gesetzt, dem Richter stände eine solche Macht zu, würde er besonders diejenigen,

---

[2]) Grundſ. des ord. Proz. §. 450.

die bisher als Feinde gegen einander gestritten haben und auch noch streiten, zwingen können, sich mit einander gegen den Dritten zu vereinigen? Auch jetzt noch bleibt der Eine Gegner des Anderen und streitet in ganz anderer Qualität und aus ganz anderen Gründen gegen den Dritten; ja, da beide ein ganz verschiedenes Interesse haben, kann des Einen Vortheil seyn, wenn er dem Intervenienten etwas einräumt, was des Anderen Vortheil erheischt, ihm zu bestreiten. Auch kann ja ein Verfahren, wie es Claproth beobachtet wissen will, mit der Fortsetzung des bisherigen Streits, die ja besonders auch nach ihm Statt finden soll, nicht bestehen.

§. 10.

Fortsetzung.

Die Intervention des römischen und canonischen Rechts oder diejenige, wovon die Alten reden, bewirkt, wie wir gesehen haben, einen Stillstand des bisherigen Streits zwischen dem Kläger und Beklagten; der neue Streit zwischen dem Intervenienten und dem Kläger über die Berechtigung, zu klagen, ist immer für den bisherigen Streit präjudiciell.

Anders verhält es sich mit der Intervention der Neueren. Die Neueren lehren von ihrer Intervention, hier gehe der bisherige Streit seinen Gang und stehe nur still, wenn der neue Streit für den alten präjudiciell ist. Wenn daher zwei um eine Erbschaft streiten, wozu sie ab intestato berufen zu seyn behaupten, und ein Dritter erscheint und zeigt ein Testament vor, worin er zum Erben ernannt ist, so muß zuerst der Streit mit ihm abgemacht werden, ob ihm vermöge des Testaments die Erbschaft zugefallen sey. Es kann aber auch seyn, daß von den beiden Streitigkeiten die ältere

präjudiciell ist für die neuere und dann würde jene zuerst erörtert und entschieden werden müssen [1]).

Ist eine von beiden Streitigkeiten für die andere präjudiciell, da versteht es sich freilich von selbst, daß sie vor der anderen erörtert und entschieden werden muß. Namentlich gilt dieß auch dann, wenn es die neue ist, welche für die ältere präjudiciell ist; dann bringt sie die ältere einstweilen zum Stillstand. Aber, wenn auch keine für die andere präjudiciell ist, kann es nicht fehlen, daß nicht durch den neuen Streit eine Störung in dem Gange des gerichtlichen Verfahrens hervorgebracht werden sollte. Der Intervenient, wenn er nicht gleich Anfangs auf dem Kampfplatz erschienen ist, hat sich verspätet und wenn er nun dennoch zum Streit zugelassen werden soll, muß man ihm erlauben, das Versäumte nachzuholen und der alte Streit muß wenigstens so lange still stehen, bis der neue mit dem alten auf eine gleiche Höhe gelangt ist, damit beide in der Folge gleichen Schritt halten können. Dieß ist dem Zweck gemäß, welcher bei der Zulassung eines Dritten zum Streit obwaltet, nämlich, daß der Richter die mehrfachen Ansprüche, die auf dasselbe Object gemacht werden, zugleich übersehen, sie gegen einander abwägen und durch dasselbe Urtheil darüber entscheiden soll.

Gesetzt aber, der Intervenient tritt erst auf, wenn der Richter in dem alten Streit schon das Urtheil gesprochen hat, die Sache wohl gar schon durch Berufung an den höheren Richter gelangt ist — dieß war gerade in dem Rechtshandel der Fall, den das canonische Recht in jener oben

---

[1]) S. Gönner Handbuch des Proz. Bd. 1. S. 374 folg.

angeführten Stelle entscheidet — in diesem Fall kann, nach meinem Ermessen, eine Principal-Intervention in dem Sinn, daß der Intervenient an dem bisherigen Streit Theil nehmen, neben dem Kläger mit dem Beklagten um die Sache streiten dürfte, daß die Ansprüche beider Prätendenten neben einander erörtert, vom Richter gegen einander abgewogen und durch denselben Ausspruch geschlichtet würden, kurz, es kann eine Principal-Intervention im Sinne der Neueren, wenn sie überhaupt zulässig ist, wenigstens in diesem Fall gar nicht Statt finden. Es kann eine Principal-Intervention dieser Art unmöglich zulässig seyn, wenn der Streit schon geschlossen und res nicht mehr integra ist; an dem bisherigen Streit kann dann keine Theilnahme weiter Statt finden. Zwar durfte der Intervenient als Kläger auf den Zustand, bis zu welchem der Streit gelangt ist, keine Rücksicht nehmen, aber die Aufnahme dieses neuen Streits in den alten, zum Behuf einer gleichzeitigen Entscheidung beider, kann nicht geschehen, wenn über jenen schon entschieden ist. Durch das Urtheil ist dem Streit ein Ziel gesetzt, sollte es auch nur ein Beweisinterlocut gewesen seyn, weil dieses die Kraft eines Endurtheils hat. Will man sagen, der Intervenient könne das Urtheil anfechten? Nein, das kann er nicht; ein Urtheil, was gegen ihn nicht gerichtet ist, kann er nicht anfechten. Es ist im Streit gegen Andere ergangen und kann ihm, als einem Dritten, nicht nachtheilig seyn, enthält folglich keine Beschwerde für ihn. Es gibt zwar gewisse Fälle, da das römische Recht einem Dritten erlaubt, ein Urtheil anzufechten, aber sie sind von der Art, daß dem Dritten das Urtheil de jure, wenn auch nur per consequentiam, schadet, und gehören zur accessorischen Intervention. Hingegen bei der Principal-In-

tervention hat das römische Recht dem Intervenienten nie das Recht beigelegt, zwischen die streitenden Theile zu treten, um das Urtheil anzufechten, und konnte es auch nicht, da es keine Principal-Intervention im Sinne der Neueren kennt. Wenn aber nach römischem Recht ein Dritter dem Kläger das Recht, zu klagen, streitig macht, da verhält es sich anders; dieß kann in jedem Stadio des Prozesses geschehen; denn hier kommt es gar nicht darauf an, wie weit der Streit gediehen sey, weil der Dritte nicht mitstreiten, sondern den Anderen am Streit hindern will. Ist also bereits das Urtheil gesprochen, dann ist keine Intervention im Sinne der Neueren möglich; hingegen eine Intervention im Sinne der Alten, die das bisherige Verfahren einstweilen still stehen macht, diese würde noch immer und gerade eben so gut, wie vorher, möglich seyn. Es könnte also ein Streit zwischen dem Intervenienten an einem Theil und dem Kläger am anderen über die Ausschließung des letzteren auch jetzt noch Statt finden, kurz, ein Verfahren, wie es namentlich das canonische Recht in Fällen dieser Art vorgezeichnet hat. Würde aber der Beklagte in diesen Streit hineingezogen, so würde dieß eine Erneuerung des vorigen Streits und eine Umstürzung alles dessen zur Folge haben, was bisher geschehen ist.

§. 11.

Von der Intervention bei der Execution.

Mit den alten Rechtsgelehrten stimmen die Neueren darin überein, daß eine Intervention noch bei der Execution möglich sey, wiewohl auch hier die Uebereinstimmung mehr scheinbar, als wirklich ist. Denn die Neueren denken dabei an eine Intervention, die in der Absicht geschieht, um mit

zu streiten und das Object, worüber gestritten ward, sich zuzueignen. Eine Intervention findet, ihnen zufolge, zu jeder Zeit Statt, so lange der Streit, an welchem der Intervenient Theil nehmen will, noch nicht beendigt, ja so lange der endliche Spruch noch nicht in Vollziehung gebracht ist. Sie verhindert die Vollziehung des Urtheils, wenn das Recht des Intervenienten sogleich im Klaren ist; und ist es das nicht, so muß zwar auf Verlangen des Siegers das Urtheil vollzogen werden, allein dieser wird nach Umständen zuvor angehalten, eine cautio de restituendo zu leisten [1]). Dieß also lehren die Rechtsgelehrten, auch solche, welche die Intervention für eine Einmischung in einen fremden Streit erklären. Die Letzteren stehen mit sich selbst im Widerspruch. Eine Intervention, die in der Absicht geschieht, um mit zu streiten, kann nicht weiter Statt finden, nachdem die Sache schon rechtskräftig entschieden, der Streit mithin beendigt ist. Es versteht sich ja, daß Einer an einem Streit keinen Theil nehmen kann, dem schon sein Ziel gesetzt ist. Daher rührt es ohne Zweifel, daß manche, indem sie sich der gewöhnlichen Definition erinnerten, eine Intervention bei der Execution für unzulässig erklärten. Beides zugleich konnte auch nicht Statt finden. Aber, wenn auch eine Einmischung in einen fremden Streit nicht weiter zulässig seyn kann, nachdem der Streit beendigt ist, wenn auch das nicht mehr möglich ist, was nach der, selbst bei den Alten gewöhnlichen, Definition unter Intervention zu verstehen ist, so kann doch ein Dazwischentreten von Seiten eines Dritten noch immer zu dem Zweck geschehen, um zu

---

[1]) *Wernher* obs. P. 3. obs. 179. P. 7. obs. 176. Weber Erl. der Pand. Theil 1. §. 531.

verhüten, daß ein gewisses Object zur Vollziehung des rechtskräftigen Urtheils an den Kläger gelange und dem Intervenienten entzogen werde.

Wenn wir zuvörderst von positiven Gesetzen hinwegsehen und bloß die Natur der Sache zu Rathe ziehen, so scheint es keinem Zweifel zu unterliegen, daß einem Dritten auch dann noch ein Interventionsrecht beigelegt werden müsse, wenn die Sache schon bis zur Execution gediehen ist. Es muß ihm erlaubt seyn, das Object, was ihm gebührt, zu schützen und sich Handlungen zu widersetzen, wodurch es ihm entzogen wird. Dieß Object ist es, worauf Alles sich bezieht, welches der letzte Zweck allen Streits und jeder Intervention ist. Hat der Intervenient, wie er behauptet, auf das Object ein besseres Recht, so hat er nicht nöthig zu dulden, daß es dem Kläger überliefert wird. Mit dem Recht auf die Sache steht ihm auch die Befugniß zu, dem Kläger das Object der Execution zu entziehen. Jede Disposition über die Sache, wohin auch die Ueberlieferung derselben an einen Dritten gehört, ist ein Eingriff in sein Recht, den er, auch ohne Rücksicht auf die Gefahr des Verlustes, verhindern darf. Es scheint also nichts gewisser zu seyn, als daß auf den Einspruch des Dritten die Vollziehung des Urtheils einstweilen verschoben bleiben muß. Nach den positiven Gesetzen ist indessen das Recht des Dritten, noch bei der Execution dazwischen zu treten, wie überhaupt diese ganze Materie, im Dunkeln. Wir müssen aber, um uns zu verständigen und Alles ganz aufs Reine zu bringen, mehrere Unterscheidungen machen. Qui bene distinguit, bene docet.

1) Es tritt ein Dritter auf, um mit zu streiten. Dieß kann, nachdem der Streit bereits beendigt ist, nicht ge-

schehen; eine Intervention in diesem Sinn ist nicht möglich.

2) Der Dritte nimmt den Beklagten auf dasselbe Object in Ansprache, dessentwegen der erste Kläger ihn belangt hat und was diesem auch zugesprochen, aber noch nicht überliefert ist. Dieß scheint nach römischem Recht zulässig, aber keine Intervention zu seyn. Auch nachdem die Sache bereits entschieden und das Urtheil bereits rechtskräftig geworden ist, kann ein Dritter mit Ansprüchen auftreten, die er auf dasselbe Object macht; denn das Urtheil, wodurch die Sache dem ersten Kläger zugesprochen ist, kann ihm, dem Dritten, nicht schaden und eine exceptio rei judicatae ihm nicht entgegengesetzt werden. Auf der anderen Seite wird der Beklagte, ungeachtet der erhobenen zweiten Klage, genöthigt seyn, dem ersten Kläger, dem die Sache zugesprochen ist, sie herauszugeben. Dieß hätte er selbst dann gemußt, wenn die zweite Klage erhoben wäre, ehe das Urtheil rechtskräftig geworden, ja ehe es gesprochen ward; er wird aber vor der Auslieferung an den Sieger eine cautio de restituendo fordern dürfen. Der Dritte würde also nach römischem Recht die Vollziehung des Urtheils nicht hindern, noch wird er eine cautio de restituendo fordern können, wohl aber wird der Beklagte eine solche von dem Sieger fordern nicht nur können, sondern müssen. Kurz, es würden die Grundsätze, die im Allgemeinen vom Auftreten Mehrerer mit denselben Ansprüchen gelten und früher schon vorgekommen sind, auch in solchen Fällen anwendbar seyn, da die späteren Ansprüche erst erhoben werden, wenn es wegen der früheren bereits bis zur Vollziehung gekommen ist.

3) Der Dritte will den Kläger von dem Object abhalten. Dieß ist dann entweder

a) das

a) das Object, worüber gestritten ist, oder
b) ein anderes, was dem Beklagten zum Zweck der Befriedigung des Klägers genommen, ihm abgepfändet werden soll.

Was den ersteren Fall betrifft, so findet hier, nach reinem römischen Recht, ein Interventionsrecht gar nicht Statt. Und konnte wohl das römische Recht ein solches gewähren, ohne die Grundsätze zu verläugnen, die von ihm aufgestellt sind, ohne mit sich selbst in Widerspruch zu stehen? Es erlaubt nur einem Dritten, in gewissen Fällen den Kläger daran zu hindern, daß er klage, und in eben diesen Fällen würde der Dritte ohne Zweifel bis zur Vollziehung des Urtheils auch den Kläger hindern können, sich des Objects der Klage zu bemächtigen. Das canonische Recht erlaubt jedoch dem Dritten — wenn auch ursprünglich veranlaßt durch eine irrthümliche Erklärung des römischen — dem Kläger entgegenzutreten und ihn zu hindern, sich eines Objects zu bemächtigen, woran ihm ein besseres Recht zusteht, d. h. woran dem Kläger überall kein Recht zusteht, wohl aber ihm, oder zwar ein Recht überhaupt, was aber dem seinigen weichen muß.

Der Fall wird so häufig nicht vorkommen, daß dem Kläger ein Object zuerkannt wird, worauf ein Anderer besser begründete Ansprüche zu haben glaubt, die er erst jetzt bei der Vollziehung des Urtheils geltend machen will. Aber nicht selten geschieht es, daß einem Beklagten, der wegen einer schuldigen Größe verurtheilt und zu zahlen außer Stande ist, auf Befehl des Gerichts Sachen abgenommen werden sollen, damit sie zur Befriedigung des Klägers angewandt werden. In dem Augenblick, da man im Begriff ist, dem Schuldner Sachen zu nehmen, die man bei ihm

findet, tritt ein Dritter auf und widerspricht der Pfändung, weil diese Sachen ihm gehören und sie dem Schuldner um seinetwillen nicht entzogen werden dürfen. Das römische Recht legt auch in diesem Fall dem Dritten ausdrücklich kein Recht bei, dazwischen zu treten. Es spricht indessen von einem anderen Fall, da die Abpfändung bereits geschehen ist. Was aber sogar noch nach der Abpfändung erlaubt ist, muß vor der Abpfändung um so mehr erlaubt seyn.

L. 15. §. 4. *D. de re jud.*

Si rerum, quae pignoris jure captae sunt, controversia fiat, constitutum est ab Imperatore nostro, ipsos, qui rem judicatam exequuntur, cognoscere debere de proprietate, et si cognoverint ejus fuisse, qui condemnatus est, rem judicatam exequentur. Sed sciendum est, summatim eos cognoscere debere, nec sententiam eorum posse debitori praejudicare, si forte hi dimittendam eam rem putaverint, quasi ejus sit, qui controversiam movit, non ejus, cujus nomine capta est, nec eum, cui restituta est, statim habere per sententiam debere, si forte jure ordinario coeperit ab eo res peti. Sic evenit, ut omnibus integris tantum capioni res judicata proficiat. Sed illud debet dici, ubi controversia est de pignore, id dimitti debere, et capi aliud, si quod est sine controversia.

Es erhellet aus dieser Stelle, daß ein Dritter eine dem Schuldner bereits abgepfändete Sache als eine ihm gehörige in Ansprache nehmen und es verwehren kann, daß sie zur Befriedigung des Gläubigers angewandt wird. Auch hier findet kein Streit Statt zwischen Dreien, sondern es

wird gestritten zwischen dem, welcher die Sache in Ansprache nimmt, und dem, auf dessen Begehren das Pfand ergriffen ist; der Schuldner nimmt keinen Theil an diesem Streit. Dieß Letztere geht besonders und sehr deutlich daraus hervor, daß von dem Urtheil, wodurch (nach einer höchst summarischen Untersuchung) der Richter diesen neuen Streit entschieden hat, bemerkt wird, dem Schuldner könne es nicht nachtheilig seyn, nämlich, weil er nicht mitgestritten hat.

Wir sehen also, eine Principal-Intervention findet Statt im Lauf des Prozesses und nach Beendigung desselben; ja, wenn die Sache schon zur Execution steht, auch wenn diese schon zum Theil geschehen, sogar, wenn die Pfändung schon vollbracht ist; sie findet überhaupt so lange Statt, als das Auftreten eines Dritten zur Erhaltung von Rechten, in Beziehung auf das Object, was dem Beklagten in Folge des Urtheils entzogen werden soll oder ist, möglich ist. Man möchte zwar sagen, es könne nicht mehr Intervention genannt werden, wenn ein Dritter erst nach der Pfändung auftritt. Allein eines Theils würde es auf den Namen nicht ankommen, sondern auf die Sache, anderen Theils scheint die Handlung zu dem bisherigen Streit in solcher Beziehung zu stehen, daß sie einer Intervention wenigstens gleich gelten kann. Der Dritte tritt zu einer Zeit auf, da die Sache dem Schuldner zwar von Seiten des Gerichts genommen, aber noch nicht zur Befriedigung des Gläubigers angewandt, also die Vollziehung zwar im Werke, aber noch nicht vollendet ist. Um so bemerkenswerther ist es, daß der Schuldner, der doch immer noch das größte Interesse dabei hat, daß die Sache nicht an den Dritten ge-

lange und dadurch dem Gläubiger, den er nun auf andere Art zu befriedigen suchen muß, und zunächst ihm entzogen werde, den Streit mit dem Dritten (vorausgesetzt, daß er sie diesem überhaupt streitig macht) nicht führen, ja nicht einmal daran Theil nehmen darf, dieß wenigstens, wie man offenbar sieht, nicht eben nöthig ist.

§. 12.

Interventio principalis anomala.

Die Alten kennen die Unterscheidung der Principal-Intervention in die regelmäßige und unregelmäßige gar nicht. Sie scheint späteren Ursprungs zu seyn und von Heimburg herzurühren [1]). Claproth weiß nichts von ihr [2]). Reichardt aber billigt sie [3]). Die regelmäßige soll sich von der unregelmäßigen dadurch unterscheiden, daß, gleichwie bei der ersteren der Intervenient beide streitende Theile von dem Object der Frage ausschließen will, er hier ein mit dem Kläger ihm gemeinschaftlich zustehendes Recht wahrzunehmen unternimmt. Gönner bemerkt von ihr, sie sey ein wahres Litisconsortium [4]). Allein beide würden vielmehr, ihrer Natur nach, einander entgegengesetzt seyn; denn der Streitgenosse will mit dem Streitgenossen in Gemeinschaft streiten, der Principal-Intervenient aber gegen ihn; es könnte also entweder durch die Principal-Interven-

---

[1]) *Heimburg* programma de interventione principali anomala, Jenae 1736.

[2]) S. Claproth Grundsätze des ord. Proz. §. 445.

[3]) *Schaumburg* princ. prax. jur. lib. 1. sect. 2. cap. 5. §. 1. nota 2.

[4]) S. Danz Grundsätze des ord. Proz. Bd. 5. §. 793. Note c.

tion kein Litisconsortium entstehen oder sie keine Principal-Intervention seyn.

Die Sache wird sich folgendermaßen verhalten. Steht Mehreren ein Recht in Gemeinschaft zu und der, welcher das Recht vor Gericht geltend machen will, erkennt das Recht des Anderen an, so können sie gegen den gemeinschaftlichen Gegner gemeinschaftliche Sache machen und wenn sie dieß thun, was gleich zu Anfange geschehen muß, sind sie Streitgenossen. Gesetzt aber, der, welcher klagen will oder schon geklagt hat, nimmt das Recht, wovon die Rede ist, als ein ihm allein zustehendes wahr und will den Anderen als seinen Genossen nicht anerkennen, dann sehe ich zwischen diesem Fall und einer gewöhnlichen Principal-Intervention keinen Unterschied, wenigstens keinen, der uns berechtigen könnte, eine eigene Art von Intervention daraus zu machen. Und noch weniger finde ich einen Grund, woher die gewöhnliche Intervention als die Regel und diese als eine Abweichung von der Regel betrachtet werden soll. Ausschließen will der Intervenient in beiden Fällen den Kläger, gleichwie dieser ihn, von dem Object der Klage. Der ganze Unterschied betrifft bloß die Größe des Objects; denn bei dieser sogenannten unregelmäßigen Principal-Intervention will er den Kläger, der ihn von dem ganzen Object ausschließen will, von einem Theil desselben ausschließen, indem er ihn auf seinen Antheil beschränken will. Dieser Fall ist unter der gewöhnlichen Intervention enthalten und selbst in Hinsicht auf das gerichtliche Verfahren kann dadurch keine Verschiedenheit begründet werden, weder nach dem, was die Alten, noch nach dem, was die Neueren über die Natur der Intervention lehren. Denn, wenn überhaupt, auf den Einspruch eines Dritten, nach der Lehre der

Alten, die Frage zuerst erörtert und entschieden werden muß, wem von beiden das Recht, welches gegen den Beklagten geltend gemacht werden soll, zustehe und, bis dieser Nebenstreit zwischen dem Kläger und dem Intervenienten abgemacht ist, die Hauptsache einstweilen ruhen muß, so würde ein Verfahren dieser Art auch hier Statt finden müssen. Es müßte erst ausgemittelt werden, ob dem Intervenienten, wie er behauptet, das Recht in Gemeinschaft mit dem Kläger zustehe, ob also dieser Letztere berechtigt sey, fortwährend auf das Ganze oder nur für seinen Antheil zu klagen. Gesetzt, der Streit fiele günstig für den Intervenienten aus, so würde nun erst die Frage entstehen, ob er fortan mit dem Kläger gegen den Beklagten gemeinschaftliche Sache machen wolle. Nöthig hätte er es nicht und eben so wenig könnte dem Beklagten ein Streitgenosse wider seinen Willen aufgedrungen werden; das Litisconsortium könnte auf beiden Seiten immer nur voluntarium seyn; ja es würde der Intervenient zum Litisconsortio wohl nicht einmal zugelassen werden können, da er als Streitgenosse zu spät käme; die Intervention könnte also immer nur die Wirkung hervorbringen, daß dem Kläger das Recht, das Ganze zu begehren, abgesprochen würde und der Intervenient seinen Antheil besonders einklagen könnte. Nach der Lehre der Neueren hemmt die Principal-Intervention den Gang der Hauptsache überhaupt nicht, es sey denn, daß sie für die Hauptsache präjudiciell ist, was sie in diesem Fall nicht ist, und sie würde ihn also auch hier nicht hemmen. Diejenigen Alten, welche die unregelmäßige Principal-Intervention statuiren und, nach der damaligen Theorie, der Principal-Intervention die Wirkung beilegen, daß sie den Gang der Hauptsache hemmt, fanden den Un-

terschied beider in Hinsicht auf das gerichtliche Verfahren darin, daß die unregelmäßige ihn nicht hemmt[5]). Man hat die Sache sich wahrscheinlich so gedacht. Da der Intervenient dem Kläger das Recht, zu klagen, nicht streitig macht, sondern nur an dem Object Theil nehmen will, so ist kein Grund vorhanden, weshalb der alte Prozeß bis zur Entscheidung des neuen ganz und gar ruhen sollte. Der Kläger soll ja klagen dürfen und mag also auch immerhin fortfahren, zu klagen oder zu streiten; nur das Ganze darf ihm nicht zu Theil werden. Allein, wahrer Zusammenhang und Uebereinstimmung mit sich selbst ist nicht in dieser Theorie. Wenn der Prozeß in dem einen Fall ruhen muß, so kann er auch in dem anderen seinen Lauf einstweilen nicht fortsetzen. Der Kläger will ja nicht nur überhaupt klagen, sondern er will auch das Ganze einklagen; und an dieser Klage, an der Klage, wie er sie erhoben hat und zu erheben sich für befugt hält, soll er gehindert werden. So lange der neue Streit über die Frage nicht abgethan ist, ob er so zu klagen befugt sey, wird der alte ruhen müssen; auch hier wird die Regel Anwendung finden: Pendente lite nihil innovandum und die Handlungen des Prozesses, die noch rückständig sind, werden bis auf weiter nicht vorgenommen werden können. Es hat einigen Schein, daß ein entgegengesetztes Verfahren allenfalls Statt finden könne, da ja doch ein Streit dieser Art nicht ganz zu vermeiden oder, richtiger zu reden, nicht ganz unnöthig ist; aber strenge vertheidigen läßt es sich, nach meinem Ermessen, nicht. Legt man einem Dritten einmal die Macht bei, dem Kläger das Recht, zu klagen, streitig zu machen, so ist es in der Ord-

---

[5]) S. Nettelbladt praktische Rechtsgelahrtheit §. 103.

nung, daß dem Streit zwischen dem Kläger und Beklagten auch in diesem Fall einstweilen Einhalt geschehen muß. Der Streit erleidet eine wesentliche Veränderung, wenn das Object verändert wird und die Fortführung desselben in der alten Bahn, nachdem die Zulässigkeit einer solchen bestritten ist, verstößt — da dessen einzelne Handlungen sich auf das Object in der ganzen Größe, worin es gefordert ist, beziehen und sie unter einander aufs Genaueste zusammenhängen — gegen die Regeln des Prozesses und setzt dabei den Richter der Gefahr aus, etwas Unnöthiges zu thun oder ein Urtheil zu fällen, was selbst nachdem es Rechtskraft erlangt hat so, wie es lautet, nicht zur Ausführung gebracht werden kann. Schon die Rücksicht auf das gerichtliche **Decorum** scheint zu erfordern, daß man den Richter nicht der Gefahr aussetzt, sich so bloß zu geben.

§. 13.

2) Von der accessorischen Intervention.

Bei der Principal-Intervention tritt ein Dritter zwischen diejenigen, welche bisher gegen einander vor dem Richter standen und um eine Sache stritten, worauf er selbst sich gewisse und bessere Rechte beilegt. Vermöge dieser besseren Rechte verlangt er, daß die streitige Sache ihm ausgeliefert werde oder er will wenigstens verhindern, daß sie an einen Anderen, der keinen Theil daran hat oder ihm doch weichen muß, daß sie an den Kläger gelange. Hingegen bei der accessorischen erscheint der Intervenient auf dem Kampfplatz, nicht um die streitenden Theile zu trennen, noch um Rechte geltend zu machen, wohl aber, um die Rechte eines Anderen zu beschützen; er will neben dem einen der streitenden Theile oder für ihn streiten und ihm, wo möglich, zum Siege

verhelfen. Diese Art der Intervention ist ähnlich der Vertheidigung des Clienten durch den Advocaten, nur daß es bei dieser Vertheidigung auf den eigenen Nutzen des Vertheidigers abgesehen ist [1]). Bei der Principal-Intervention geht die Sache den Intervenienten hauptsächlich an, er siegt oder wird besiegt; bei der accessorischen berührt sie ihn bloß in ihren Folgen, der Ausgang gereicht ihm zum Vortheil oder Nachtheil bloß *per consequentiam*, wie er

---

[1]) Zur Bestätigung dessen könnte man versucht seyn, eine Stelle des Ulpian zu benutzen. Indem dieser den Weibern die Fähigkeit abspricht, für Andere vor Gericht aufzutreten, drückt er sich folgendermaßen darüber aus: sie können nec postulare, *nec pro alio intervenire*, nec procuratores existere: L. 2. pr. D. de reg. juris. Es scheint also, daß Beides hier zusammengestellt und auf gleichem Fuß behandelt wird, Advocat seyn und *pro alio intervenire*. Allein, damit Niemand durch diese Stelle irre geleitet werde, will ich Folgendes bemerken. Das *pro alio intervenire* kann hier unmöglich in der Bedeutung gebraucht werden, worin wir den Ausdruck Intervention gebrauchen; der Ausdruck ist in dieser Bedeutung dem römischen Recht überhaupt fremd. Schwerlich wird man eine Stelle finden, worin er in diesem Sinn gebraucht würde, aber viele andere, worin der Ausdruck bedeutet, für einen Anderen vor Gericht auftreten, nicht, um neben ihm, sondern, besonders ohne Auftrag, für ihn, an seiner Statt zu streiten. Und gerade in diesem Sinn wird der Ausdruck hier gebraucht. Wie läßt es sich auch wohl glauben, daß Weiber von dem Recht der Intervention in unserem heutigen Sinne und also von der Fähigkeit, ihre eigene Sache zu führen, ausgeschlossen seyn sollten? Eher, als auf diese Stelle, könnte man sich auf den Ausdruck: *adesse* berufen, der in dieser Materie nicht ungewöhnlich ist, der bekanntlich helfen, beistehen bedeutet und besonders von Advocaten gebraucht wird (auch ohne den Dativ der Person). Indessen bei der Amphibolie des Ausdruckes beweist auch dieser Ausdruck nicht viel.

auch ohne seine Dazwischenkunft gethan haben würde, — nur daß er dann vielleicht ein anderer gewesen wäre, — und zwar ist dieser Ausgang auf sein Rechtsverhältniß von Einfluß.

An und für sich kann es Niemanden erlaubt seyn, sich in einen fremden Streit auch nur zu dem Ende zu mischen, um einem der streitenden Theile beizustehen. Selbst der Umstand, daß der Ausgang des Streits zu seinem Vortheil oder Nachtheil gereicht, kann hierin keine Aenderung hervorbringen und der Gläubiger, der seinem Schuldner im Streit gegen einen anderen Gläubiger zu Hülfe kommen wollte, weil dieser durch den nachtheiligen Ausgang des Streits unfähig werden könnte, ihn zu befriedigen, würde kein Gehör finden und schon an der Schwelle des Gerichts zurückgewiesen werden. Aber anders ist es, wenn durch den Ausgang des Streits die Rechte des Dritten gefährdet werden können. Jenes Interesse des Gläubigers beim Prozesse des Schuldners ist zu entfernt; die Sache muß den Intervenienten näher und nahe, ganz nahe berühren; seine Rechte müssen auf dem Spiel stehen; es muß, indem über jene Sache entschieden wird, über seine Rechte mitentschieden werden, so daß er folgeweise gewisse Rechte verliert oder gewissen Verbindlichkeiten sich unterziehen muß; ihm müssen per indirectum Rechte abgesprochen werden, z. B. dem Erben wird die Erbschaft, folglich dem Vermächtnißnehmer das Vermächtniß abgesprochen — oder es müssen ihm per indirectum gewisse Verbindlichkeiten aufgebürdet werden, z. B. dem Käufer wird das Eigenthum der Sache abgestritten, folglich ist auch der Verkäufer nicht Eigenthümer gewesen, folglich liegt ihm die Verbindlichkeit ob, dem Käufer die Gewähr zu leisten. Kurz, der Ausgang der

Sache, welche Andere gegen einander führen, die zunächst ihre Rechte verfolgen oder vertheidigen, muß zugleich die Rechte des Intervenienten berühren und eben daher erlaubt ihm das Gesetz, was es der Regel nach nicht erlaubt, im fremden Streit aufzutreten; er darf dahin streben, dem Streit einen Ausgang zu verschaffen, welcher, günstig für den einen der streitenden Theile, zugleich auch für ihn günstig ist. Die fremde Sache muß für ihn keine fremde, es muß auch seine Sache seyn. Dieß wird sie dadurch, daß seine Rechte mit zur Frage gestellt sind. Dadurch wird die Sache *sua causa* des Intervenienten [2]).

§. 14.

Fortsetzung.

Die Intervention selbst geschieht entweder ganz von freien Stücken oder in Fällen, da der Intervenient der einen Partei, im Fall sie den Prozeß verliert, zur Entschädigung verbunden ist, in Folge einer vorhergegangenen Aufforderung dieser Partei, ihr beizustehen.

So mischt sich 1) der Gewährsmann, z. B. der Verkäufer, in den Prozeß, worin der Käufer verwickelt ist, dem er, wenn er den Prozeß verliert, zur Gewährsleistung verbunden ist, — der Hauptschuldner in den Streit des Gläubigers mit dem Bürgen, der gegen ihn seinen Regreß nehmen würde, entweder von freien Stücken oder in Folge der Litisdenunciation. Denn ein Käufer oder wer sonst befugt ist, wenn ihm die Sache abgestritten wird, auf seinen Gewährsmann zurückzugehen, kann diesen, wenn er belangt wird, zur Vertretung auffordern, der letztere aber auch von

---

[2]) L. 2. §. 1. D. Quando appellandum sit.

freien Stücken herbeikommen, um die Sache desjenigen zu führen, der, wenn er den Prozeß verliert, von ihm Entschädigung fordern würde. Eben so ist es dem Bürgen erlaubt, den Hauptschuldner herbeizurufen, damit er die Sache führe oder den Streit für ihn aufnehme [1]) und also sich und zugleich auch den Bürgen gegen das Verlangen des Klägers beschütze. Ohne Zweifel kann der Hauptschuldner dieser Last sich schon von freien Stücken unterziehen, wenn auch nicht wider den Willen des Bürgen. Umgekehrt ist es auch dem Bürgen vergönnt, wenn der Gläubiger gegen den Hauptschuldner seine Klage gerichtet hat, aufzutreten, um dem Letzteren ein günstiges Urtheil auszuwirken. Denn, wenn der Hauptschuldner unterliegt, ist er zugleich mitbesiegt; indem er den Hauptschuldner vertheidigt, vertheidigt er sich. Er kann, wie im römischen Recht bemerkt ist, von dem Urtheil, was gegen den Hauptschuldner ausgefallen ist, an den höheren Richter sich berufen [2]). Dieß ist ohne Zweifel nur eine Folge und Aeußerung eines ihm zustehenden Interventionsrechts.

Besonders steht auch 2) dem Vermächtnißnehmer ein Recht zu, wenn zwischen dem eingesetzten Erben und dem Intestaterben ein Streit über die Gültigkeit des Testaments geführt wird, an diesem Streit Theil zu nehmen. Ihm ist daran gelegen, daß das Testament aufrecht erhalten bleibt, und darum darf er sich, als ginge der Streit ihn selbst an, bemühen, daß es aufrecht erhalten bleibt; er darf für die Sache des eingesetzten Erben, wie für seine eigene, streiten [3]). Eben dieß gilt, wenn das Testament zwar nicht ungültig ist, aber als ein liebloses mit der querela inoffi-

---

[1]) L. 10. §. 12. D. Mandati.

[2]) L. 5. D. de appellat.

[3]) L. 14. pr. D. de appellat.

ciosi angefochten wird. Auch in diesem Fall ist es demjenigen, der in dem angefochtenen Testament mit einem Vermächtniß bedacht ist, erlaubt, für die Aufrechthaltung des Testaments zu streiten und also die Sache des Erben zu der seinigen zu machen. Er kann gleich zu Anfange zu diesem Ende unter die streitenden Theile treten, er kann auch späterhin, selbst nach dem Urtheil, sich in den Streit mischen [4]). Ihm ist es erlaubt, das Urtheil anzufechten, was gegen den eingesetzten Erben gesprochen ist, obgleich er an dem bisherigen Streit keinen Theil nahm; er kann also, wenn er als Intervenient auftreten will, den Anfang damit machen, daß er gegen das Urtheil des Richters ein Rechtsmittel einwendet — wie denn überhaupt das Auftreten dieses Intervenienten auf keine Zeit beschränkt ist, sondern zu jeder Zeit geschehen kann, so lange der Streit nicht beendigt ist — und dieß darf er selbst dann, wenn auch der eingesetzte Erbe sich bei dem Urtheil beruhigt.

Besonders dann ist es ihm erlaubt, sich in den Streit zu mischen, wenn beide streitende Theile, zu seinem Schaden mit einander einverstanden, falsches Spiel mit einander spielen. Die Collusion unter den streitenden Theilen zum Nachtheil des Dritten scheint sogar einen eigenen Grund für die Intervention abzugeben [5]). Allein, wenn man die Sache näher betrachtet, liegt darin eine bloße Veranlassung zur Intervention — und zwar eine sehr dringende — für denjenigen, der ohnehin als Intervenient aufzutreten befugt war. Der Vermächtnißnehmer darf überhaupt, wenn der Erbe über die Gültigkeit oder den Bestand des Testaments

---

[4]) L. 29. pr. D. de inoff. testam. L. 5. §. 2. D. de appellat.

[5]) L. 29. pr. D. de inoff. testam. L. 5. §. 1 et 3. D. de app

einen Kampf zu bestehen hat, zu der Sache sehen, in der Sache zum Rechten sehen, überhaupt die Sache des eingesetzten Erben als eine ihm nicht fremde vertheidigen und er darf dieß zumal, wenn eine Collusion zwischen beiden streitenden Theilen zu seinem Nachtheil Statt findet. Er darf dieß sogar, wenn er eine solche auch nur besorgt [6]). Dieser letztere Umstand beweist allein schon, daß in der Collusion der eigentliche Grund zur Intervention nicht enthalten seyn könne. Denn, da der Vermächtnißnehmer schon wegen bloßer Besorgniß von Collusion appelliren und überhaupt als Intervenient auftreten kann, so folgt daraus klar, daß die Collusion an sich selbst nicht conditio sine qua non der Intervention seyn könne. Der allgemeine Grund aller accessorischen Intervention ist das Interesse, was der Intervenient an dem Ausgang des Streits nimmt. Dieses berechtigt ihn, von einem Urtheil zu appelliren, was nicht gegen ihn gesprochen ist [7]), und überhaupt in einem Streit aufzutreten und auf den Ausgang desselben eine Wirkung hervorzubringen zu suchen, obgleich dieser Streit zwischen Anderen geführt wird [8]). Da nun ein Interesse dieser Art auch hier vorhanden ist, so ist es nicht nöthig, einen anderen Grund zu suchen.

So wichtig übrigens diese Art der Intervention nach

---

[6]) L. 14. pr. D. de appellat. *L. 29. pr. D. de inoff. testam.* Si *suspecta* collusio sit legatariis inter scriptos heredes et eum, qui de inofficioso testamento agit: adesse etiam legatarios, et voluntatem defuncti tueri, constitutum est: eisdemque permissum est etiam appellare, si contra testamentum pronuntiatum fuerit.

[7]) L. 4. §. 2. D. de appellat. L. 1. D. de appellat. recip. L. 2. §. 1. D. Quando app. sit.

[8]) Cap. 2. Ut lite pendente nihil innovetur in sexto.

dem Recht der Pandecten auch war, indem die Vermächtnisse zugleich mit dem Testament über den Haufen fielen [9]), weshalb auch so oft davon die Rede ist, jetzt scheint sie minder wichtig zu seyn, da Vermächtnisse nicht mehr zugleich mit dem für lieblos erklärten Testament vernichtet werden [10]), wenigstens dann nicht, wenn Aeltern oder Kinder das Testament anfechten; allein selbst in diesen Fällen und überhaupt in allen denjenigen, da ein Testament, wenn der Kläger den Sieg davon trägt, nur in Hinsicht auf die Erbeseinsetzung für ungültig erklärt wird oder über den Haufen fällt, während es in Hinsicht auf Vermächtnisse gültig oder aufrecht erhalten bleibt, ist es zwar so nöthig nicht, daß der Vermächtnißnehmer als Intervenient auftritt, aber das Recht dazu kann ihm auch in diesen Fällen nicht abgesprochen werden. Er hat auch jetzt ein Interesse bei der Sache; der Ausgang des Streits ist ihm nicht gleichgültig. In Hinsicht auf ihn wird über die Frage gestritten, wer als Erbe verbunden sey, das Vermächtniß zu entrichten; mithin stehen auch jetzt noch seine Rechte auf dem Spiel; es fragt sich nämlich, ob er ein Recht habe, von diesem Individuo das Vermächtniß zu fordern. Das Vermächtniß selbst kann ihm zwar nicht entzo-

---

[9]) *L.* 8. §. 16. *D. de inoff. testam.* Si ex causa de inofficioso cognoverit judex, et pronunciaverit contra testamentum: nec fuerit provocatum: ipso jure rescissum est: et suus heres erit, secundum quem judicatum est, et bonorum possessor, si hoc se contendit, et libertates ipso jure non valent: nec legata debentur: sed soluta repetuntur, aut ab eo, qui solvit, aut ab eo, qui obtinuit: et haec utili actione repetuntur. Fere autem, si ante controversiam motam soluta sunt, qui obtinuit, repetit: et ita D. *Hadrianus* et D. *Pius* rescripserunt.

[10]) Nov. 115. cap. 4.

gen werden, es steht aber doch zur Frage, wer sein Schuldner sey und ob er ein Recht habe, von dem eingesetzten Erben das Vermächtniß zu fordern.

Ein Vermächtnißnehmer kann noch auf eine andere Art bei dem Ausgange des Prozesses, den der Erbe führt, betheiligt seyn, nämlich, wenn der Streit die vermachte Sache selbst betrifft. Justinian gedenkt des Falls, da dem Erblasser das Eigenthum einer gewissen Sache streitig gemacht war; während der Streit darüber noch unentschieden schwebt, errichtet er seinen letzten Willen, darin vermacht er die streitige Sache einem Dritten und stirbt. Gewinnt der Erbe den Prozeß, so wird auch das Vermächtniß aufrecht erhalten; im entgegengesetzten Fall erhält der Vermächtnißnehmer nichts. Die Sache ist ihm nämlich nur unter der Voraussetzung vermacht, daß sie dem Geber gehört hat und das Eigenthum desselben vom Richter anerkannt wird. Dem Vermächtnißnehmer ist nichts vermacht, wenn dem Erblasser nichts gehörte. Es ist daher dem Vermächtnißnehmer und in diesem Fall sogar mehr, als dem Erben, daran gelegen, daß der Prozeß gewonnen wird und daher steht es ihm frei, als Intervenient aufzutreten, damit er gewonnen werde. Es macht einen daher fast irre, wenn Justinian ihm besonders die Erlaubniß zur Intervention ertheilt, die ihm, wie man nicht anders annehmen kann, schon durch allgemeine Grundsätze des römischen Rechts gegeben war. Unde domus licentiam legatario (si hoc prodesse sibi putaverit) litis participem fieri: ut ne aliquam forte negligentiam seu proditionem heredi possit objicere [11]).

§. 15.

---

[11]) Nov. 112. cap. 1.

§. 15.

Fortsetzung.

So viel von einzelnen Fällen, in welchen eine accessorische Intervention Statt findet. Im Allgemeinen kann man annehmen, daß eine solche Intervention in allen Fällen Statt finde, in welchen das Urtheil des Richters zwar hauptsächlich dem streitenden Theil, dessen Sache der Intervenient vertheidigen will, ihm aber per consequentiam nachtheilig seyn würde; indessen die Möglichkeit der Intervention scheint sich nicht auf Fälle dieser Art zu beschränken. So kann der Miterbe ein Urtheil anfechten, was gegen den Miterben ergangen ist, obgleich jener auch ohne Appellation geschützt ist [1]). Es ist dieß kein Widerspruch mit dem, was oben (§. 5.) gelehrt ist. Denn dort war die Rede davon, daß der Miterbe den Miterben nicht hindern könne, sich der ihm zustehenden Klage zu bedienen, daß er ihn vom Streit nicht ausschließen könne. Damit ist es nun sehr wohl vereinbarlich, daß es ihm, wenn er will, erlaubt ist, die Sache des Miterben wie die seinige zu vertheidigen und ihn also nicht zu entfernen, sondern ihm beizustehen. Hieraus scheint deutlich zu folgen, daß eine Intervention zulässig sey, wenn nur überhaupt ein Nachtheil als unmittelbare oder nächste Folge der Entscheidung des Streits für den Intervenienten entstehen und man dabei sagen kann, die Sache gehe ihn mit an.

§. 16.

Fortsetzung.

Ehe ich nun weiter gehe, muß ich einem Zweifel begegnen, der sich erheben könnte, nämlich ob die Interven-

---

[1]) L. 5. pr. D. de appell.

tion, die von Seiten des Vermächtnißnehmers im Streit des Erben gegen einen Dritten geschieht, wirklich zur accessorischen oder nicht vielmehr zur Principal-Intervention zu rechnen sey. Das römische Recht sieht eine Intervention dieser Art nicht eigentlich als Beistand an, den der Intervenient einem der streitenden Theile leistet, sondern er tritt auf, um zum Rechten zu sehen und sein Interesse zu wahren. Er will dem einen streitenden Theil nicht sowohl zu Hülfe kommen, als vielmehr die Sache desselben vertheidigen, weil es zugleich die seinige ist. Er mischt sich nicht um des Anderen willen in einen fremden Streit, sondern um seiner selbst willen tritt er auf, um eine Wahrheit durch den Richter ausgesprochen zu sehen, die dem streitenden Theil und in Folge dessen, warum es ihm eben zu thun ist, auch ihm günstig ist. Er will z. B. bewirken, daß der Richter das Testament für gültig erklärt, weil er darin mit einem Vermächtniß bedacht ist. Besonders merkwürdig scheint es zu seyn, daß der Vermächtnißnehmer das Urtheil des Richters, wenn es für den eingesetzten Erben nicht günstig ausgefallen ist, auf eigene Hand anfechten darf; er darf davon appelliren [1]), nicht bloß an der Appellation eines Anderen Theil nehmen. Er kann von dem Urtheil des Richters appelliren, sogar wenn der Erbe sich verglichen hat [2]). Dieser Umstand scheint deutlich anzuzeigen, daß es bei dieser Art von Intervention nicht auf bloßen Beistand abgesehen sey. Indessen, wollte man aus diesen Gründen die Intervention

---

[1]) L. 29. pr. D. de inofficioso testamento. L. 5 §. 2. D. de appellat.

[2]) L. 5. §. 3 et 4. D. de appellat.

des Vermächtnißnehmers nicht zur accessorischen rechnen, so müßte man diese Art von Intervention überhaupt verwerfen. Denn dieselben Gründe stehen jeder anderen im Wege und selbst das Recht, zu appelliren, sogar wenn der streitende Theil, dessen Sache er vertheidigen will, sich verglichen hat, ist nichts, was einem Vermächtnißnehmer eigenthümlich wäre. So darf z. B. der Bürge appelliren, obgleich der Hauptschuldner sich bei dem Urtheil beruhigt hat [3]). Besonders sieht auch das römische Recht die accessorische Intervention desjenigen, von welchem die streitige Sache an den Beklagten gelangt ist, des Gewährsmanns also, nicht eigentlich aus dem Gesichtspunkt eines Beistandes, vielmehr von der Seite an, daß der Dritte nach vorgängiger Litisdenunciation — wenn er es nicht etwa von freien Stücken thut, was ihm ohne Zweifel erlaubt ist [4]) — kommt, um die Sache der Partei zu führen, den Angriff des Klägers zu vereiteln, ihn seinen Zweck verfehlen zu machen. Der Beklagte kann dem Gewährsmann von dem Prozeß, worin er verwickelt ist, Nachricht geben, und zwar, mit dem eigenen Ausdruck des römischen Rechts, in der Absicht, *ut de ea re agenda adsit* [5]), oder *ut eum evictionis nomine defendat* [6]). Wenn nun der Gewährsmann dieser Aufforderung Gehör gibt, so kann der Beklagte ohne Zweifel fortfahren, sich gegen den Kläger zu vertheidigen, in welchem Fall der Intervenient für denselben Zweck neben ihm streitet, namentlich mit neuen Gründen, wozu seine bessere Kenntniß der Sache ihm die Mittel dar-

---

[3]) L. 5. pr. D. de appellat.

[4]) L. 20. C. de evict.

[5]) L. 29. §. 2. D. de evict. L. 1. C. de per. et com. rei vend.

[6]) L. 49. D. de judiciis.

bietet; allein, daß es doch auf ein eigentliches Beistehen nicht abgesehen sey, sondern auf ein Streiten für ihn, auf eine Vertheidigung des Beklagten gegen den Angriff des Klägers, geht deutlich daraus hervor, daß, nachdem der Gewährsmann, sey es nun in Folge jener Aufforderung oder von freien Stücken, auf dem Kampfplatz erschienen ist, der Beklagte — davon gehen und es ihm überlassen kann, den Streit allein fortzusetzen und zu Ende zu führen [7]). Denn es ist schon genug, daß die Sache des Beklagten nur überhaupt von Jemanden vertheidigt wird, der von Rechtswegen den Beruf hat, sie zu vertheidigen; es ist nicht nothwendig, daß dieß von Mehreren geschieht. Es genügt, daß z. B. der Käufer oder Jemand von seinetwegen zur Stelle ist und den Streit führt. Es scheint sogar, als könne der Besitzer, wenn er belangt wird, den Gewährsmann nennen und zu dem Gegner sagen: dieß ist mein Gewährsmann, mache die Sache mit ihm aus, — und er wäre dann des Prozesses entledigt und der Kläger müßte den Gewährsmann in Ansprache nehmen. Ihm wird nämlich im römischen Recht das Recht zu einer *laudatio auctoris* beigelegt [8]). Allein, nicht im gewöhnlichen technischen Sinn wird dieser Ausdruck hier gebraucht; es soll dadurch nur angedeutet werden, daß der Beklagte den Gewährsmann nennen dürfe, um ihn zur Vertretung aufzufordern. Ganz ausscheiden aus dem Prozeß kann er nimmermehr. Dieß würde gegen die Natur einer Klage verstoßen, die gegen den Besitzer angestellt ist und nur gegen den Besitzer angestellt und fortgesetzt werden kann. Er wird

---

[7]) *Mev.* P. 4. dec. 352.

[8]) L. 7. C. de evictionibus. L. 63. §. 1. D. eod.

fortwährend als derjenige anzusehen seyn, welchen die Sache zunächst angeht; das Urtheil wird für ihn maßgebend, es wird gegen ihn zu richten und gegen ihn zu vollstrecken seyn. Da er kein bloßer Inhaber ist, sondern Besitzer, kann er den Kläger nicht an den Gewährsmann, der sie nicht mehr besitzt, verweisen; es würde auch eine solche Verweisung, wenn sie zulässig wäre, gleich zu Anfange, da er belangt wird, ehe er sich auf die Klage eingelassen hat, geschehen müssen [9]); wogegen die Aufforderung zur Vertretung zu jeder Zeit geschehen kann, bis die Sache entschieden und beendigt ist [10]). Schon dieser eine Umstand allein deutet an, daß hier von einer anderen laudatio auctoris die Rede ist, als von der gewöhnlichen, unter diesem Namen in den Lehrbüchern vorkommenden. Daß eine Verweisung des Klägers mit seiner Klage an den Gewährsmann in Fällen dieser Art nicht Statt finde, haben schon die römischen Kaiser Diocletian und Maximian in einem Rescript zu erkennen gegeben, was im Codex aufbewahrt ist [11]). Mevius behauptet, der Beklagte, welcher den Gewährsmann zur Vertretung aufgefordert, und ihm darauf die Führung der Sache allein überlassen hat, dieser habe nicht einmal nöthig,

---

[9]) L. 2. C. Ubi in rem actio exerceri debeat.

[10]) L. 29. §. 2. D. de evict.

[11]) *L. 1. C. Ubi in rem actio exerceri debeat.* In rem actio non contra venditorem, sed contra possidentem competit. Frustra itaque desideras, non tecum congredi, sed cum auctore tuo dominum vindicantem, cum te possidere contendas. Nam si denunciasti ei, qui tibi vendidit, intelligis evictionis illi periculum imminere. Nec enim jurisdictionis forma, in eadem provincia constitutis tam petitore quam possessore, ob auctoris personam, quem in alia provincia dicis consistere, debet immutari.

hin zu seinem Procurator zu ernennen [12]) und dieß scheint mir sehr wohl gegründet zu seyn. Denn der Dritte vertheidigt keine fremde Sache, sondern die Sache des Beklagten ist auch die seinige; daher darf er sie schon aus eigenem Recht vertheidigen; er hat von Rechtswegen den Beruf, sie zu vertheidigen. Es ist also nicht nöthig, daß der Beklagte den Gewährsmann zu seinem Procurator ernenne. Die Stellen des römischen Rechts, woraus man das Gegentheil geschlossen hat, reden bloß von Fällen, in welchem dieß de facto geschehen war [13]) und allerdings kann dieß geschehen, und wenn es geschieht, ist der streitende Gewährsmann **Procurator** in rem suam [14]). Bedürfte es aber eines Auftrages, so würde dieser schon aus den Handlungen hervorgehen, nämlich aus der Aufforderung zur Vertretung und aus der Niederlegung der Waffen nach der Ankunft des herbeigerufenen Vertheidigers.

So viel sieht man wohl, daß die accessorische Intervention sehr mit Unrecht so genannt wird. Zwar auf die Benennung kommt eben nichts an; allein, wie dadurch in diesem Fall zugleich etwas über die Natur dieser Intervention ausgesagt wird, was eine technische Bedeutung hat und an bekannte Rechtsregeln erinnert, können dadurch leicht falsche Vorstellungen erweckt und unrichtige Schlüsse daraus hergeleitet werden. Diese s. g. accessorische Intervention

---

[12]) *Mev.* P. 4. dec. 352.

[13]) L. 21. § 2. D. de evict. L. 66. §. 2 D. eod.

[14]) L. 66. §. 2 D. de eviction. Auch aus den Schlußworten der L. 10. §. 12. D. mandati scheint hervorzugehen, daß nach der Aufforderung zur Vertretung der Aufgeforderte die Vertheidigung entweder in eigenem Namen oder als Procurator übernehmen könne.

hat einen selbstständigen Charakter, wenigstens mehr, als die Ausleger zu wissen oder anzuerkennen scheinen. Aus dem Recht, was dem Intervenienten und sogar seinem Bürgen zusteht, zu appelliren, obgleich der streitende Theil sich bei dem Urtheil beruhigt, ja obgleich er auf die Appellation Verzicht geleistet oder sich verglichen hat[15]), scheint deutlich hervorzugehen, daß diese Intervention wenigstens von jetzt an keine accessorische, ja daß sie es nie gewesen sey. Den selbstständigen Charakter nimmt sie wohl nicht erst jetzt an, sondern sie zeigt ihn erst jetzt — oder hier in einem stärkeren Grade, wie in anderen Fällen. Indessen ist doch immer ein Unterschied zwischen dieser Art von Intervention und der s. g. Principal-Intervention. Denn bei dieser will der Intervenient die streitenden Theile trennen und es entspinnt sich ein neuer Streit zwischen ihm und dem Kläger — oder, nach der Theorie der Neueren, will er beide streitende Theile von dem Object der Frage ausschließen; — hingegen bei der accessorischen tritt der Intervenient auf die Seite der einen Partei und streitet mit ihr und allenfalls auch ohne sie für dieselbe Sache; er hat bei der Principal-Intervention ein von demjenigen der beiden streitenden Theile verschiedenes, bei der accessorischen mit dem einen der streitenden Theile dasselbe Interesse. Und wenn der Intervenient in den Fällen, die zur accessorischen Intervention gerechnet werden, auch nicht gerade die Absicht hat, dem streitenden Theil zu Hülfe zu kommen, so will er doch auf der anderen Seite keine Rechte geltend machen; er wird kein Kläger, so wenig wie er Beklagter wird — wie könnte er

---

[15]) L. 5. pr. D. de appell.

sich auch als Beklagter aufdringen! — er bemüht sich, ein Urtheil auszuwirken, was, wenn es auch zunächst einem Anderen günstig ist, doch auch ihm zum Vortheil gereicht. Er leistet also, insofern der Beklagte den Widerstand nicht gänzlich aufgegeben hat, wirklich Beistand, wenn er auch nicht die Absicht hat, ihn zu leisten, obgleich es auch an dieser Absicht nicht fehlen kann, wenn auch der Intervenient als das letzte Ziel seines Bestrebens nicht das Beste des Anderen vor Augen hat, sondern sein eigenes. Auf allen Fall entsteht durch das Hinzutreten des Dritten kein neuer Streit, noch wird die Zahl der streitenden Theile vermehrt; es streiten wenigstens nicht Drei gegen einander, wie bei der Principal-Intervention im Sinne der Neueren, sondern allenfalls nur Zwei auf der einen gegen einen Dritten auf der anderen Seite. Daß die Identität des Streits durch eine Intervention dieser Art nicht gestört wird, daß der alte Streit unverändert fortdauert, wird auch namentlich durch dasjenige bestätigt, was Justinian von einem Intervenienten sagt, der sich in den Streit über das Eigenthum der Sache mischt, die ihm vermacht ist; er sagt nämlich: *cum litis participem fieri.* Hat die Partei, deren Sache der Intervenient vertheidigt, sich bei dem Urtheil beruhigt oder gar, im Einverständniß mit dem Gegner, zum Schaden des Intervenienten sich verglichen, so kann freilich die von ihm fortgesetzte Appellation [16]) und überhaupt sein fortgesetztes Streiten nicht als Beistand angesehen werden; in diesem Fall nimmt die Intervention ganz entschieden einen selbstständigen Charakter an und auch der Sieg, den er etwa davon trägt, kann bloß ihm zum Vor-

---

[16]) L. 5. §. 3. D. de appellat.

theil gereichen. Dieß Letztere wird, wie es scheint, durch das canonische Recht bestätigt. Wenigstens in der Ueberschrift der hieher gehörigen Stelle — Cap. 17. X. de sent. et re jud. — ist der Rechtssatz deutlich genug ausgesprochen, daß der Erfolg des eingewandten Rechtsmittels nur dem Dritten, der davon Gebrauch gemacht hat, zu Gute komme.

§. 17.

Vom Verfahren bei der accessorischen Intervention.

Ist die Sache bereits rechtskräftig entschieden oder überhaupt der Streit beendigt, da versteht es sich, daß von einer accessorischen Intervention als einer solchen nicht weiter die Rede seyn kann. Wie will Jemand einem Anderen im Streit zu Hülfe kommen, wenn dieser Streit aufgehört hat, wie will er die Sache eines Anderen führen, wenn diese schon beendigt ist? Aber so lange die streitenden Theile noch vor dem Richter stehen, zu jeder Zeit und in jeder Lage des Prozesses, namentlich auch noch, wie wir gesehen haben, in der Appellations-Instanz kann der Dritte auftreten, um die Sache der einen Partei, namentlich des Beklagten, zu der seinigen zu machen. Wie frühe aber, hängt vom Intervenienten ab. An eine gewisse Zeit ist er nicht gebunden. Sein eigener Vortheil — um dessen willen er ja gerade auftritt — erfordert, daß es so frühe als möglich geschehe.

Zu welcher Zeit dieser Intervenient nun auch auftreten mag, den Streit muß er in dem Zustande, worin er ihn gerade findet, aufnehmen. Er kann nicht von vorne anfangen, sondern muß sich darauf beschränken, zu thun, was der gegenwärtigen Lage des Prozesses angemessen und darnach

noch zulässig ist. Ob dieß gerade die Meinung des römischen Rechts gewesen sey, mag dahin gestellt bleiben; aber wenigstens das canonische Recht gibt die Regel: Si ad defensionem ipsius litis aliqui, quorum intererit, petierint se admitti: eos in illo statu, in quo ipsam invenerint, decernimus admittendos [1]). Um die Sache gehörig führen zu können, kann er verlangen, daß ihm die gerichtlichen Schriften, die bisher in diesem Streit erwachsen sind, zur Einsicht offen stehen oder in Abschrift mitgetheilt werden und nachdem er sich durch sie von dem Streit gehörig unterrichtet hat, darf er die Sache, der er beitritt, auf jede Art, wie es einem streitenden Theil sonst erlaubt ist, durch Gründe oder Beweise vertheidigen [2]).

§. 18.

Nachlese.

Ehe ich schließe, muß ich noch einige Punkte berühren, die ich früher mit Stillschweigen übergangen und bis zum Schluß aufgespart habe; mit ihnen will ich einige von den übrigen, die bereits berührt sind, zur kurzen Uebersicht zusammenstellen.

So gewöhnlich es ist, wenn man eine Materie abhandeln will, eine Definition voranzuschicken und auf solche Art den Anfang damit zu machen, dem Felde, was man anbauen will, die Grenzen abzustecken, dießmal mag es erlaubt seyn, ein entgegengesetztes Verfahren zu beobachten, was auch überhaupt vielleicht nicht unzweckmäßig ist, weil man über die Richtigkeit der Erklärung nicht besser urthei-

---

[1]) cap. 2. Ut lite pendente nihil innovetur in sexto.

[2]) *Mauritius* de jure interventionis §. 27.

len kann, als wenn man die Materie erst recht vollständig kennen gelernt hat.

Die Definitionen der Intervention, die ich in den Schriften der Rechtsgelehrten finde, gefallen mir nicht. Um nur einige hervorzuheben, so bemerkt Hellfeld: Interventio est actus, quo quis liti alienae sponte se immiscet [1]). Diese Definition ist freilich so weit, daß sie für beide Arten der Intervention Raum genug hat und auch für die Thätigkeit und Theilnahme am Streit von Seiten des Advocaten noch welcher übrig bleibt, aber sie sagt recht eigentlich nichts. Schaumburg definirt die Intervention: Est actus judicialis, quo quis propriae utilitatis causa alienae liti se immiscet idque vel eo fine, ut unum ex litigantibus excludat, vel ea intentione, ut uni ex litigantibus adsistat [2]). Diese Definition hat schon den Fehler, daß dadurch eine Intervention, die zur Zeit der Execution geschieht, gänzlich ausgeschlossen wird, wiewohl Schaumburg sie zuläßt. Wie kann man sagen, der Intervenient mische sich in einen fremden Streit, wenn dieser bereits beendigt ist? Ueberhaupt gehört die Einmischung in den Streit, den Andere gegen Andere führen, im Allgemeinen nicht zum Wesen der Intervention. Wenigstens nach römischem Recht wird durch die Principal-Intervention keine Einmischung in den fremden Streit hervorgebracht, insofern man unter diesem sehr unbestimmten Ausdruck eine Theilnahme an dem bisherigen Streit versteht. Es kann wohl seyn, daß in Folge der Intervention der Intervenient in einen Streit verwickelt wird, es wird dieß sogar

---

[1]) *Hellfeld* jurispr. for. §. 531.

[2]) *Schaumburg* princ. prax. jur. lib. 1. sect. 2. cap. 5. §. 1.

der gewöhnliche Fall seyn; — nothwendig ist es eben nicht; — aber eine Theilnahme am bisherigen Streit findet nach reinem römischen Recht nur bei der accessorischen Intervention Statt.

Seitdem geht mit den Definitionen eine Veränderung vor und es schleicht sich die Idee von Verfolgung von Rechten bei der Principal-Intervention ein. So definirt Danz: Intervention ist diejenige gerichtliche Handlung, wo ein Dritter in einen bereits angefangenen Rechtsstreit freiwillig in der Absicht sich einmischt, um entweder seine eigenen Gerechtsame durchzusetzen oder dem Einen oder dem Anderen der streitenden Theile beizustehen [3]). Diese Definition ist mit einigen Veränderungen, die eben keine Verbesserungen sind, dieselbe, welche Claproth gibt. Claproth lehrt nämlich: Intervention ist diejenige gerichtliche Handlung, wodurch ein Dritter, welcher bisher nicht in einem erhobenen Streit befangen gewesen, entweder um seine eigene Befugniß durchzusetzen oder den einen oder anderen Theil aus rechtlicher Schuldigkeit zu vertreten, sich meldet [4]). So weit diese Begriffe auf die Principal-Intervention Beziehung haben, stimmen beide überein und sind sie den Ideen der Neueren über die Natur der Principal-Intervention angemessen. Nach römischem Recht haben sie keine Gültigkeit und wenn man zwar auch nach römischem Recht sie allenfalls aufrecht erhalten könnte, weil es am Ende auch ein Wahrnehmen von Rechten ist, wenn man, vermöge seines besseren Rechts, Andere hindert, zu klagen oder zu streiten, so würde doch eine Uebereinstimmung dieser Art bloß zufällig seyn; denn

---

[3]) Danz Grundſ. des ord Proz. §. 793.

[4]) Claproth a. a. O.

ein solches Wahrnehmen von Rechten meint man wenigstens nicht, sondern ein Durchsetzen des Hauptrechts gegen den Beklagten. In Hinsicht auf die accessorische Intervention sind beide Definitionen einander entgegengesetzt; beide sind, und zwar jede in anderer Hinsicht, zu enge. Beide gewinnen, wenn die beschränkenden Zusätze freiwillig und aus rechtlicher Schuldigkeit wegbleiben und sie also erweitert werden. Jetzt erklären sie nur einzelne Arten der accessorischen Intervention. Ungefähr von gleichem Gehalt, wie diese beiden Definitionen, und zum Theil mit der einen, zum Theil mit der anderen übereinstimmend ist die Definition, welche Grollmann gibt, indem er sagt: Wenn, nach dem Anfange eines Rechtsstreits zwischen zwei Parteien, ein Dritter, zur Wahrung seiner Gerechtsame bei dieser Sache, freiwillig als handelnder Theil auftritt, so nennt man dieses eine Intervention [5]).

Daß diese Erklärungen nicht befriedigen, rührt zuvörderst daher, daß hier zwei Dinge vereinigt werden, die wenig oder nichts mit einander gemein haben. Man sieht es den Definitionen schon von außen an, daß hier verschiedenartige Dinge zusammengeballt oder aneinander geleimt sind; die eine Hälfte gehört ausschließlich der Principal-Intervention an, während die andere es bloß mit der accessorischen zu thun hat. Dabei geben die beiden Hälften die Merkmale derjenigen Intervention, womit sie es zu thun haben, nicht einmal genügend an und — Ideen neuerer Schriftsteller haben die echten und gesetzlichen verdrängt.

Diese müssen zuvörderst, wenn man die Materie von der Intervention gründlich kennen lernen will, von einander

---

[5]) Grollmann Theorie des gerichtlichen Verfahrens S. 67.

geschieden werden. Nach römischem Recht ist die Intervention kein Mittel, Rechte geltend zu machen, sondern sie zu bewahren, oder, sich von Verbindlichkeiten frei zu erhalten, überhaupt, einen Nachtheil zu verhüten, der in Folge eines Streits zwischen Anderen und durch dessen möglichen Ausgang für uns entstehen möchte. Wenn nämlich Zwei vor Gericht streiten, so kann es leicht geschehen, daß durch den Streit oder vielmehr durch den Ausgang desselben die Rechte eines Dritten gefährdet werden. Dieß zu verhüten, tritt der Dritte auf; er will nicht sowohl Rechte geltend machen, als vielmehr für jetzt nur darauf Bedacht nehmen, sie zu erhalten. Mauritius definirt die Intervention auf folgende Art: Est tertii ad negotium inter alios peragendum litemve coram judice motam intercessio, pro jure suo tuendo facta [6]). Diese Erklärung geht über dasjenige hinaus, was man gewöhnlich meint, wenn in der Rechtswissenschaft von Intervention die Rede ist; sie ist nicht beschränkt auf die gerichtliche Intervention; aber davon abgesehen, scheint sie dem römischen Recht mehr gemäß zu seyn und gefällt mir besser, als eine der späteren. Auch gegen die Erklärung, welche Struv gibt, würde nicht viel zu erinnern seyn. Ihm ist es interventio, wenn ein Dritter circa litem inter alios motam id, quod ejus interest, adducit et persequitur [7]). Hiernach würde Intervention derjenige Vorgang seyn, da ein Dritter, auf Veranlassung eines Rechtsstreits zwischen anderen Personen, sein Interesse bei Gericht wahrnimmt, oder, auf den Schutz seiner Gerechtsame Bedacht nimmt.

---

[6]) *Mauritius* de interventione. §. 3.

[7]) *Struv.* syntagma tit. de judiciis §. 71.

Ein Dritter, der nach den streitenden Theilen, auf Veranlassung des Streits, vor Gericht erscheint, tritt entweder auf, um den Kläger von dieser Sache, als von einer solchen, die ihn nicht angeht, auszuschließen oder ihn auch von dem Object, was er nach dem Ausspruch des Richters oder zur Erfüllung desselben dem Beklagten entziehen will, abzuhalten, — oder auch die Sache der einen Partei zu vertheidigen, weil sie zugleich die seinige ist. Jenes setzt voraus, daß ihm ein besseres Recht auf das Object zustehe, dieses, daß er ein interesse ad causam habe. Jenes bildet das eigentliche gesetzliche Interventionsrecht und dasselbe gründet sich auf eine Befugniß, die dem Intervenienten gegen einen der streitenden Theile zusteht, vermöge deren er ihn am Streiten oder am Hinwegnehmen des Objects hindern kann, weil seine besseren Rechte dadurch verletzt werden würden; die gesetzliche Intervention gründet sich mit einem Wort auf ein jus prohibendi; wohingegen die Macht, die eine der beiden streitenden Parteien zu vertreten oder mit ihr für dieselbe Sache zu streiten, auf eine Gleichheit der Lage, auf ein (mittelbares) Interesse sich gründet, was der Dritte am Ausgange des Streits nimmt, der auch auf sein Rechtsverhältniß von Einfluß seyn würde.

Das Interesse ist nicht der allgemeine Grund der Intercession, sondern nur der accessorischen. Zwar am Ende muß jeder Intervenient ein Interesse haben, aufzutreten. Dieß setzt ihn in Thätigkeit und ist das letzte Ziel seines Bestrebens. Allein, der Grund, warum er auftreten darf, liegt doch bei der Principal-Intervention darin nicht; er liegt viel näher und macht die Frage nach dem Interesse unnöthig. Der Ausgang des Prozesses könnte ihm oft sehr gleichgültig seyn und er würde doch als Intervenient auf-

treten können. Nur bei der accessorischen Intervention tritt er auf, weil er bei dem Ausgange des Streits betheiligt ist. Dann nimmt er Theil am fremden Streit; wobei in einigen Fällen dem streitenden Theil selbst daran gelegen ist, daß er mitstreitet, in anderen ihm allein. Aber in allen ist auf seiner Seite ein Interesse vorhanden, für die Sache der einen Partei zu streiten.

Die Alten pflegten von der Intervention zu sagen, sie geschehe entweder *ad submovendum* — oder *ad assistendum vel adhaerendum*. Diese Ausdrücke passen auf die Intervention nach reinem römischen und canonischen Recht. Die Intervention, welche *ad submovendum* geschieht, ist die Principal-Intervention, diejenige, welche *ad assistendum*, die accessorische. Die erstere hat, wenn sie im Lauf des Streits angebracht wird, die größte Aehnlichkeit — mit der *exceptio legitimationis*. Denn, gleichwie durch diese dem Kläger von Seiten des Beklagten das Recht zu klagen streitig gemacht wird, geschieht hier dasselbe durch einen thätigen Angriff von Seiten eines Dritten. Davon ist im römischen Recht gar nicht die Rede, wenn Jemand zwischen streitende Theile tritt, daß er, außer der Verhinderung des Streits, Rechte geltend machen will; er will wenigstens keine Rechte gegen den Beklagten geltend machen — die hier gerade gemeint sind — sondern bloß dem Kläger wehren, zu klagen oder seine Klage fortzusetzen; überhaupt dem Beklagten ein gewisses Object zu entziehen, damit es für ihn aufbewahrt bleibe. Der Intervenient hat es bloß mit dem Kläger zu thun, von dem er nichts zu fordern hat und nichts fordert, als Unthätigkeit, Enthaltung von Eingriffen in sein besseres Recht. Daher ist auch die Lehre der Alten, daß durch

die

die Principal-Intervention der bisherige Streit einstweilen zum Stillstand gebracht wird, mit der Lehre von der Intervention, wie sie im römischen und canonischen Recht erscheint, völlig im Einklang. Eine Intervention im römischen Sinn, die gegen das Bestehen des Streits gerichtet ist, muß diesen Streit nothwendig suspendiren und wenn der Dritte erst auftritt, nachdem der Streit geendigt ist, — wir haben gesehen, daß er es kann — so versteht es sich auch in diesem Fall, daß dem Beklagten ein Object einstweilen nicht entzogen werden darf, in Ansehung dessen dem Kläger das Recht streitig gemacht wird, es ihm zu entziehen. Gibt es überhaupt ein Recht eines Dritten, den Kläger am Streit zu hindern, und wird ein solches Recht bei Gericht klagbar gemacht, so kann die Fortdauer des bisherigen Streits mit einem solchen Recht schlechterdings nicht bestehen. Der bisherige Streit muß ganz aufhören, wenn es vom Richter als vorhanden anerkannt wird und einstweilen ruhen, bis der neue Streit abgemacht ist. Es entsteht durch die Intervention eine Art von Incidentstreit, der den Gang des Hauptstreits wenigstens einstweilen unterbricht.

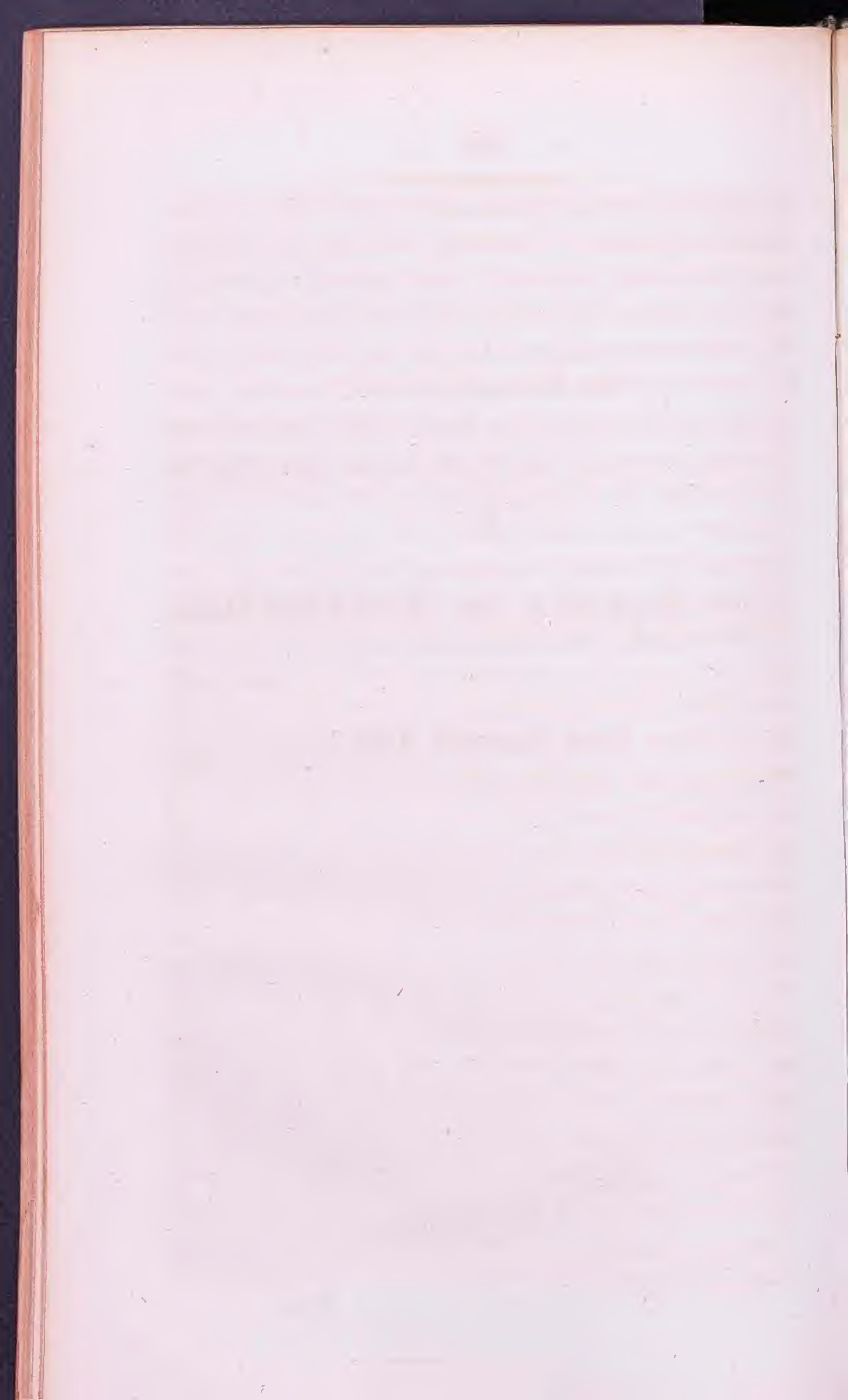
Es versteht sich, daß es den Rechtsgelehrten nicht gebühren konnte, die Grundsätze des römischen und canonischen Rechts bei Seite zu schieben, und, statt einer gegen den Kläger gerichteten Intervention, wodurch dieser von einem gewissen Object bloß abgehalten werden soll, eine gegen den Beklagten und auf Geltendmachung gewisser Rechte gerichtete, wodurch die bereits erhobene Klage eines Anderen durchkreuzt wird, unterzuschieben. Sollte indessen der Gebrauch ein Verfahren dieser Art wirklich in Schutz nehmen, so darf freilich der Richter sich nicht darüber hin-

wegsetzen und in dieser Voraussetzung ist es geschehen, daß ich mich auch mit dieser Principal-Intervention der Neuern ausführlich beschäftigt habe. Eine solche Intervention, oder zweite Klage eines Dritten gegen den schon von einem Anderen in Ansehung desselben Gegenstandes Verklagten, würde dann doch immer nur eine Art seyn, wie die Principal-Intervention sich äußern könnte und wenn der Dritte sich darauf beschränken wollte, den Kläger von der Rechtsverfolgung oder dem Object abzuhalten, was der Beklagte ihm, dem Intervenienten, vielleicht nicht einmal streitig machte, so wäre nicht einzusehen, weshalb er es nicht auch so machen könnte. Nemo ad agendum invitus compellitur. Es würde dieß Principal-Intervention seyn, obgleich es keine Klage wäre.

V.

Die Agnosie im Rechtsgebiet.

(Im Junius 1834.)



Erster Theil,

welcher die allgemeinen Grundsätze enthält und sich hauptsächlich auf Agnosie im bürgerlichen Recht bezieht.

§. 1.

Unwissenheit und Irrthum in der Sphäre des Rechts.

Die beiden Objecte, wovon hier insofern gehandelt werden soll, als sie im Gebiet des Rechts in Betrachtung kommen, Unwissenheit und Irrthum, sind zwar nicht ganz dieselben. Die Unwissenheit ist bloß verneinend und besteht in der Abwesenheit oder dem Mangel der Kenntniß; hingegen der Irrthum ist etwas Positives; es ist nämlich eine Vorstellung von einem Object, die mit dem Object, wie es ist, nicht übereinstimmt. Die alten Rechtsgelehrten definirten den Irrthum, es sey eine *opinio* veritati contraria. Aber, wie verschieden beide auch sind, im römischen Recht werden beide auf gleichem Fuß behandelt; beide haben gleiches Recht. In der That treffen beide am Ende zusammen und zwar darin, daß bei beiden die Kenntniß der Wahrheit fehlt — und gerade darauf kömmt es hier an; — ob diesem Mangel der Kenntniß eine positive falsche Vorstellung beigesellt ist oder nicht, das ist hier gleichgültig; daher finden auf beide die-

selben Rechtsgrundsätze Anwendung. Selbst die Ausdrücke werden als gleichbedeutend gebraucht. Die römischen Rechtsgelehrten machen hier keinen Unterschied und setzen das Eine für das Andere; wenn von bloßem Nichtwissen die Rede ist, sprechen sie vom Irrthum. Dieß bestätigt der ganze hieher gehörige Titel der Pandecten [1]).

§. 2.
Unterscheidung von Unwissenheit des Rechts und der Thatsachen.

In Hinsicht auf die rechtlichen Folgen, welche Unwissenheit und Irrthum für den Unwissenden oder Irrenden hervorbringen, stellt das römische Recht einen Unterschied auf zwischen Unwissenheit in Ansehung des Rechts und der Thatsachen, ignorantia s. error juris et facti. Je nachdem die Unwissenheit oder der Irrthum das eine oder das andere dieser beiden Objecte betrifft, sind die Folgen, die für uns daraus entspringen, sehr verschieden, ja einander gerade entgegengesetzt. Denn das römische Recht stellt die Regel auf: Die Rechtsunkunde und der Rechtsirrthum schaden uns, — die Unkunde der Thatsachen schadet uns nicht.

Worin die Unkunde der Thatsachen bestehe oder der Irrthum in Ansehung derselben, das ist leicht zu sagen. Man kennt die Thatsache nicht, wenn man von dem Geschehenen nicht weiß, daß es geschehen sey; und man ist in Ansehung ihrer im Irrthum, wenn man sich die Begebenheit anders denkt oder vorstellt, als sie geschehen ist. In beiden Fällen kennt man d i e Begebenheit nicht, welche ge-

---

[1]) Schon gleich L. 1 et 2. D. h. t. *Voorda* theses controv., Decas 1. §. 2.

schehen ist. Allein, was hat es mit der Unwissenheit des Rechts für eine Bewandniß? Was soll man sich darunter denken? Bedeutet es etwa den Mangel der Kenntniß dessen, was die Gesetze verordnen? So stellen Manche die Sache dar. Z. B. lehrt Voet[1]): Juris ignorantia est, cum quis ignorat ea, quae legibus cauta sunt. Eben so J. H. Böhmer[2]): Quando jus ignoratur ab eis, qui scire hoc debebant et poterant, dicitur ignorantia juris. Und Hellfeld[3]): Ignoratur autem jus vel factum. Priori casu juris, posteriori facti adest ignorantia. Eine ignorantia juris in diesem Sinne ist aber am Ende doch auch nichts anderes, als eine ignorantia facti. Wer von dem positiven Gesetz nicht weiß, der kennt die Thatsache nicht, daß dieß Gesetz gegeben sey. Beide, die Unwissenheit des Rechts in diesem Sinn und die Unwissenheit der Thatsachen, können einander eigentlich gar nicht entgegengestellt werden, da sie vielmehr zu einander gehören. Soll zwischen den verschiedenen Arten der Unwissenheit nach den Objecten unterschieden werden, so würde vielmehr Mangel der historischen Kenntniß und Mangel der philosophischen Erkenntniß zu unterscheiden seyn. Das römische Recht nimmt aber den Ausdruck ignorantia juris nicht in jenem beschränkten Sinn; der Mangel der Kenntniß des gegebenen Gesetzes ist, wenigstens im bürgerlichen Recht, nur eine von den verschiedenen Arten, wie die ignorantia juris sich äußert. Nichtwissen, was dem Gesetz gemäß sey oder sich darin irren, drückt das, wovon hier die Rede ist, schon all-

---

[1]) h. t. §. 1.

[2]) Jus digestor. h. t. §. 1.

[3]) Jurispr. for. §. 1186.

gemeiner und besser aus. So bemerkt von der ignorantia juris Hofacker[4]): Est nescire vel errare in eo, quod juri est consentaneum. Eben so Günther[5]): Ignorantia juris est nescire, quid juri sit consentaneum.

Die Mängel der Unkunde und des Irrthums in Ansehung dessen, was dem Gesetz gemäß sey, denen nicht bloß der Laie unterworfen ist, sondern bis auf die Unkunde selbst diejenigen, welche ein Gewerbe davon machen, sind nicht alle von einerlei Art; aber alle werden sich auf folgende Fälle zurückführen lassen:

1) Jemand weiß nicht, daß die Gesetze dieß oder jenes verordnen. Dieß ist die eigentlich so zu nennende Unwissenheit der Gesetze, die *ignorantia* juris, und sie ist, wie gesagt, eine Unwissenheit der Thatsachen. Man könnte sie auch ignorantia juris in sensu objectivo nennen.

2) Jemand glaubt auf das Wort eines Anderen, daß die Gesetze etwas verordnen, was sie nicht verordnen. Dieß ist nicht Unwissenheit, sondern Irrthum in Thatsachen.

3) Jemand kennt das Gesetz, legt es aber unrichtig aus, oder er nimmt die irrige Auslegung eines Anderen für wahr an, nimmt also einen fremden Irrthum in sich auf.

4) Jemand macht von gesetzlichen Wahrheiten eine unrichtige Anwendung oder er nimmt wieder die irrige Anwendung Anderer für wahr an. Auch in den zuletzt erwähnten beiden Fällen ist ein Irrthum vorhanden; aber ein Irrthum anderer Art. Der Irrthum besteht nämlich in einem falschen Urtheil und geht mithin aus einer Operation des Verstandes hervor.

Wenn im römischen Recht von Unwissenheit des Rechts

---

[4]) Princ. jur. civ. tom. I. §. 201. | [5]) Princ. jur. rom. §. 207.

die Rede ist, so ist allerdings gänzliche Unkunde oder Irrthum in Ansehung dessen, was die Gesetze verordnen, mit gemeint, hauptsächlich aber scheinen sie es damit in der Sphäre des Civilrechts auf Unkunde oder Irrthum in Ansehung der Rechtsverhältnisse zu beziehen [6]). Jemand hat aus Unwissenheit oder Irrthum gefehlt, nicht sowohl, wenn er das Gesetz nicht gekannt hat — wiewohl auch diese Art von Unwissenheit von der ignorantia oder dem error juris, wie gesagt, nicht ausgeschlossen ist — sondern, wenn er seine Rechte oder Befugnisse nicht gekannt oder sich in Ansehung ihrer geirrt hat. Diese Unkunde des Rechts und dieser Irrthum in Ansehung des Rechts muß aber aus Unkunde des Gesetzes oder aus einem Fehler in der Auslegung oder Anwendung des Gesetzes herrühren. Er muß, wenn ich mich so ausdrücken darf, von der Seite des Gesetzes herkommen, nicht aber von der Seite dessen, was, im Gegensatz des Gesetzes, geschehen oder gewesen ist. Wer sich zu einer Erbschaft nicht meldet, weil er nicht weiß, daß er zur Erbschaft berufen sey, kennt seine Rechte nicht, er ist aber deshalb noch nicht in Unwissenheit oder Irrthum des

---

6) *L. 3. D. de juris et facti ign.* Plurimum interest, utrum quis de alterius causa et facto non sciret, an de jure suo ignorat. §. 1. Sed *Cassius* ignorantiam supinam ita accipiendam existimasse refert, non deperditi et nimium securi hominis. *L. 2. §. 7. D. de jure fisci.* Complura sunt rescripta principalia, quibus cavetur, non obesse errorem cuiquam, quod ignotus juris sui ipse se detulerit. Sed exstat eorundem principum rescriptum, ex quo videtur posse defendi, ita demum non nocere cuiquam se detulisse, si ea persona sit, quae ignorare propter rusticitatem, vel propter sexum foemininum jus suum possit.

Rechts. Es kann zuvörderst seyn, er weiß nicht, daß er ein Verwandter des Verstorbenen oder der nächste sey; dann ist er in Unwissenheit der Thatsachen. Es kann aber auch seyn, er weiß recht wohl, daß und in welcher Nähe er mit dem Verstorbenen verwandt sey, er weiß aber nicht, daß ein Verwandter dieses Grades, vermöge des Gesetzes, vor einem anderen Verwandten des Verstorbenen den Vorzug habe. Im letzteren Fall befindet er sich in Unwissenheit des Rechts[7]). Es wird die Unwissenheit und der Irrthum, insofern er nicht die Thatsachen betrifft, auf das Recht, nämlich auf die Befugniß, bezogen. Der Ausdruck Recht wird daher hier in sensu subjectivo genommen. Man sieht also, daß Lauterbach zu entschuldigen ist, wenn er die Unwissenheit des Rechts auf folgende Art definirt: Ignorantia juris est, cum quis *jus suum ignorat*[8]). Diese Definition drückt wenigstens dasjenige aus, warum es sich in Privatrechtsverhältnissen nur zu handeln pflegt und was im römischen Recht hauptsächlich gemeint ist, wenn von Unwissenheit des Rechts die Rede ist. Indessen ist diese Definition doch insofern zu weit, als die Unkunde unserer Rechte auch auf Unwissenheit der Thatsachen beruhen kann und dann gehört sie nicht zur ignorantia juris, sondern facti. Wenn von ignorantia *juris* die Rede seyn soll, kömmt der Ursprung der Unwissenheit oder des Irrthums in Betrachtung. Der Umstand, daß Jemand

---

[7]) Mehrere hieher gehörige Beispiele, wodurch der Unterschied zwischen Unwissenheit des Rechts und der Thatsachen erläutert werden soll — wovon gleich das erste veraltet ist — bei Paulus L. 1. D. h. t. *Voorda* c. l. §. 2.

[8]) *Lauterbach* Coll. theor. pract. h. t. §. 1.

seine Rechte nicht kennt, muß, wie wir gesehen haben, sich daher schreiben, daß er nicht weiß oder nicht erkennt, was (überhaupt oder in diesem Fall) dem Gesetz gemäß ist. Die Unkunde der Rechte kommt nur insofern in Betrachtung, als sie auf Unkunde des Gesetzlichen beruht. Diese ist das Höhere und zugleich mehr Umfassende und das, worauf es bei der Unterscheidung zwischen Unwissenheit des Rechts und der Thatsachen eben ankömmt.

§. 3.

Ob ein Irrthum in der Anwendung des Gesetzes zum Rechtsirrthum zu rechnen sey.

Was ich im vorigen §. als Postulat aufgestellt habe, daß ein Irrthum in der Anwendung des Rechts zum Rechtsirrthum gehöre, will ich hier näher erörtern. Es scheint nicht über allen Zweifel erhaben zu seyn, ob ein Irrthum in der Anwendung des Gesetzes auf den gegenwärtigen Fall zur Unwissenheit oder zum Irrthum des Rechts — oder der Thatsachen, zum entschuldbaren oder zum nicht entschuldbaren zu rechnen sey. Auf den ersten Anblick scheint es vielleicht, als ob es mit dem Rechtsirrthum auf die bloße Kenntniß des Gesetzes oder der gesetzlichen Wahrheiten im Allgemeinen zu beziehen sey. Man kann es Jemanden wohl zur Last legen, wenn er sich nicht die Kenntniß des gegebenen Gesetzes zu verschaffen sucht, weil dieß von seiner Willkühr abhängt, aber kann man es ihm zur Schuld anrechnen, wenn er nicht klüger ist? Kann man von dem Laien verlangen, daß er in der Anwendung des Gesetzes keinen Irrthum begeht, da dieß selbst dem Rechtsgelehrten und dem Richter täglich begegnet; wenigstens geschieht es alle Tage, daß der eine

Richter den Ausspruch des anderen wieder aufhebt und selbst wenn der höchste Richter den letzten Ausspruch that oder wenn ein Streit durch mehrere Instanzen gegangen und von allen Richtern gleichförmig entschieden ist, bleibt es immer möglich, daß die Entscheidung anders hätte lauten müssen. Kann man also von dem Laien fordern, was selbst der Rechtsgelehrte nicht leistet und der höchste Richter nicht gewähren kann, nämlich, daß er unfehlbar sey?

Leyser gedenkt eines Rechtsfalls, da ein gewisses Kloster in Preußen ein gewisses, das gerichtliche Verfahren betreffende, Gesetz nicht befolgt hatte. Da dieses Kloster vom öffentlichen Ankläger deshalb belangt ward, suchte es sich damit zu entschuldigen, sein Gerichtshalter sey unwissend gewesen, der Rechtsgelehrte habe nicht gewußt, was Rechtens sey. Das sey ein lächerlicher Einwand, erwiederte man ihm; denn mit der Unwissenheit des Rechts könne sich kein Rechtsgelehrter entschuldigen und ein Gerichtshalter befinde sich nicht unter den Personen, denen es erlaubt sey, die Gesetze nicht zu kennen. Indessen meint Leyser, der Einwand des Klosters sey doch so unrecht nicht gewesen, es habe sich nur nicht richtig ausgedrückt. Man wird vielleicht glauben, das Fehlerhafte des Ausdrucks habe nach Leysers Meinung darin bestanden, daß nicht der Unwissende oder Irrende selbst entschuldigt seyn wollte, sondern das Kloster habe sich darauf berufen müssen, daß ein Anderer, der Gerichtshalter nämlich, den Irrthum begangen habe und es für die Schuld desselben nicht büßen dürfe. Allein, das war es doch nicht. Nach Leysers Meinung war hier überhaupt gar nicht aus Unwissenheit des Rechts gefehlt. Der Gerichtshalter habe das Gesetz sehr wohl gekannt, ihm falle weiter nichts zur Last, als daß er eine unrichtige An-

wendung auf den gegenwärtigen Fall davon gemacht habe und ein Fehler dieser Art verdiene Entschuldigung, selbst, wenn ein Rechtsgelehrter ihn begangen habe. Leyser beruft sich deshalb auf den Ausspruch des Neratius:

L. 2. D. de juris et facti ign.

In omni parte error in jure non eodem loco, quo facti ignorantia, haberi debebit, cum jus finitum et possit esse et debebat: facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat.

In dieser Stelle werde das Wort: *interpretatio* durch *scientia* erklärt; allein das streite mit der natürlichen Bedeutung des Worts. *Interpretatio* sey hier *interpretatio*, nämlich — *juris ad factum adplicatio.* Allein, diese Bedeutung von *Interpretatio* würde mit der natürlichen Bedeutung des Worts noch eben so sehr in Widerspruch stehen. Ein Gesetz auslegen und ein Gesetz anwenden, sind zwei verschiedene Dinge. Die Anwendung des Gesetzes ist ein zweites von der Auslegung, als dem ersten, verschiedenes Geschäft, was auf die Auslegung, die ihr den Weg bahnt, folgt. Die Auslegung hat es mit dem Gesetz zu thun und mit dem Allgemeinen, die Anwendung mit dem einzelnen Rechtsfall und dem Besonderen. Die Kunst, das Gesetz richtig anzuwenden, darf dem Rechtsgelehrten eben so wenig fehlen, als die Kunst, es zu verstehen. Was indessen der Meinung Leysers ein großes Gewicht geben könnte, das würden etwa die Schlußworte seyn, die den Grund angeben, weshalb die ignorantia facti mit der ignorantia juris nicht auf gleichem Fuß behandelt werden könne:

facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallit,

denn diese passen viel besser auf einen Irrthum in der An-

wendung des Rechts, also auf einen begangenen Fehler im Schließen und im Gebrauch des Verstandes, als auf eine nicht gemachte oder falsche sinnliche Wahrnehmung, auf eine Erfahrung. Was hat es mit der Klugheit zu thun, wenn man nicht erfährt, was geschehen ist?

Allein, wie unbillig es in vielen Fällen auch seyn oder zu seyn scheinen mag, so gehört doch ein Fehler, der in der Anwendung des Gesetzes begangen wird, zu den Irrthümern, die das Gesetzliche betreffen und von der Seite des Gesetzes herkommen; es ist kein Irrthum in Ansehung des Geschehenen, sondern des in diesem Fall Rechtlichen. Jeder folgende Richter, der hierüber anders urtheilt, erklärt die Meinung, die nicht die seinige ist, für einen Irrthum, welcher durch den gehörigen Gebrauch des Verstandes hätte vermieden werden können. Wäre dieß kein Irrthum, der dem Irrenden zur Last fiele, so könnte auch ein im Auslegen begangener Fehler nicht zur Schuld angerechnet werden, es könnte folglich nie von einem error juris die Rede seyn, sondern bloß von ignorantia.

Die Stelle des Neratius steht der Meinung Leysers nicht zur Seite. Interpretatio ist zwar nicht, wie die Glossographen und mit ihnen die Rechtsgelehrten vor Leyser annahmen, gleichbedeutend mit *scientia*, eben so wenig aber bezeichnet es *juris ad factum adplicatio*. Mir will es scheinen, es stehe hier für *explicatio*. Neratius will sagen, das Gesetz kann bestimmt seyn und muß es auch seyn, was es aber mit dieser oder jener Begebenheit eigentlich für eine Bewandniß habe — dieß ist hier facti interpretatio — darüber täuschen sich auch wohl die Klügsten und Einsichtsvollsten. Dieß paßt zwar nur auf eine Art, wie Jemand hier fehlen kann und zwar auf

diejenige, die hier am schwersten zu meiden und am leichtesten zu entschuldigen ist; indessen, wenn Neratius, im Gegensatz des Irrthums in Ansehung des Rechts, gerade vom Irrthum in Ansehung der Thatsachen reden und die Unwissenheit in Ansehung der Thatsachen bei Seite liegen lassen wollte, konnte er sich nicht füglich anders ausdrücken. Denn beim Irrthum weiß man wohl, daß etwas geschehen ist, es fehlt Einem nur über die eigentliche Beschaffenheit des Geschehenen an der rechten Belehrung. Daß unter der *facti interpretatio* keine *juris ad factum adplicatio* gemeint seyn könne, ergibt die ganze Stelle und der Zusammenhang. Es sollte ja der Unterschied zwischen *error juris* und *ignorantia facti* angegeben werden, oder vielmehr der Grund, weshalb auf beide verschiedene Rechtssätze anzuwenden sind und, nachdem die besondere Natur der ignorantia juris angegeben worden, geht Neratius sodann zur *ignorantia* facti über, dem der error facti gleich steht, und sagt in Beziehung auf sie jene Worte: facti interpretatio prudentissimos fallit.

§. 4.

Verbindlichkeit zum Wissen; verschuldete, unverschuldete Unwissenheit; vermeidliche und unvermeidliche.

Die Unwissenheit und der Irrthum sind in einigen Fällen nachtheilig und in anderen sind sie es nicht. Wenn sie den letzten Grund aufsuchen, warum die Unwissenheit uns in einigen Fällen nachtheilig, in anderen unschädlich ist, pflegen die Rechtsgelehrten wohl von einer Verbindlichkeit des Wissens zu reden, die in einigen Fällen vorhanden sey,

in anderen fehle. Solle die Unwissenheit uns schaden, so werde vorausgesetzt, daß eine Verbindlichkeit zum Wissen vorhanden gewesen. Beim Mangel einer Verbindlichkeit zum Handeln finde keine Zurechnung Statt. Je nachdem nun eine solche Verbindlichkeit vorhanden gewesen oder nicht, sey die Unwissenheit entweder eine unrechtmäßige oder rechtmäßige (ignorantia injusta oder justa). Die Verbindlichkeit zum Wissen falle jedoch weg, wenn Jemand nicht im Stande war, sich die Kenntniß zu verschaffen, weil Niemand zu etwas Unmöglichem verbunden seyn könne; sie sey also entweder verschuldet oder unverschuldet, vermeidlich oder unvermeidlich [1]).

Das Wissen ist schon überhaupt etwas, was nicht so eigentlich von unserer Willkühr abhängt und was wenigstens mit einer Handlung, die wir vornehmen oder unterlassen können, nicht auf gleichem Fuß behandelt werden kann. Es ist nicht selbst eine Handlung, sondern nur der ungewisse Erfolg einer solchen. Es könnte nur überhaupt eine Verbindlichkeit geben, uns um die Erwerbung gewisser Kenntnisse zu bemühen und diese würde voraussetzen, daß wir uns dazu anheischig gemacht hätten — oder daß positive Gesetze es uns zur Pflicht gemacht hätten.

Es

---

[1]) *Achenwall* prol. jur. nat. §. 37. So bemerkt Hellfeld (Jurispr. for. §. 1187): Qui ignorat, aut obligatus est, ut sciat, aut non. Hoc casu ignorantia nemini imputatur. Deficiente enim obligatione, nulla locum habet imputatio. Illo vero casu is, qui obligatus est, ut sciat, aut potuit scire aut non. Hic, quia ad impossibilia nulla datur obligatio, ignorantia non nocet. Ibi vero ignorantia est culposa adeoque merito imputatur et nocet. Culpa vero caret, qui omnem pro sua conditione adhibuit diligentiam.

Es ist indessen nicht zu läugnen, daß die Gesetze es uns in manchen Fällen zur Schuld anrechnen, wenn wir etwas nicht wissen oder uns irren, nämlich wenn wir uns um den Erwerb gewisser Kenntnisse nicht bemüht oder nicht nachgedacht haben, namentlich wenn wir die Gesetze nicht kennen oder nicht wissen, was den Gesetzen gemäß ist — und da nun Schuld voraussetzt, daß wir dieß oder jenes thun mußten und es unterlassen haben, oder, daß wir dieß oder jenes unterlassen mußten, und es gethan haben, so läßt sich das Nichtwissen in solchen Fällen als Verletzung einer obligatio sciendi betrachten und man kann eine erlaubte und unerlaubte, eine schuldlose und verschuldete Unwissenheit unterscheiden. Indessen ist der Ausdruck Schuld sehr vieldeutig, wenigstens die Quelle sehr verschieden, woraus die Schuld entspringt, oder doch das Gesetz und die Regel, wonach man sich hätte richten müssen und die man verletzt hat. Wenn von Schuld die Rede ist, selbst wenn im positiven Recht davon die Rede ist, ist lange nicht immer die Verletzung rechtlicher Gesetze darunter gemeint. Die Schuld kann aus Verletzung rechtlicher Gesetze hervorgehen, sie kann aber auch hervorgehen aus Verletzung der Gesetze der Vernunft, der Moral, der Klugheit u. s. w. In diesem Sinn ist es ohne Zweifel zu nehmen, wenn nach einem Ausspruch des Gajus schon die bloße Unerfahrenheit uns zur Schuld anzurechnen ist [2]), in diesem Sinn kann von eigener Schuld die Rede seyn, von welcher die Regel gilt: damnum, quod quis sua culpa sentit, non sentire videtur [3]). Besonders in dieser Sphäre, nämlich

---

[2]) *L.* 132. *D. de reg. jur.* Imperitia culpae annumeratur.

[3]) L. 203. D. de reg. jur.

in der Lehre von der Unwissenheit des Rechts und der Thatsachen, kommt nur im Allgemeinen in Betrachtung, daß Jemand verschuldet, nicht aber, daß er durch Uebertretung rechtlicher Gesetze es gegen Andere sey. Wenn auch eine Uebertretung rechtlicher Gesetze und eine Verletzung einer eigentlichen Verbindlichkeit in vielen Fällen hier vorhanden ist, die Sache wenigstens nach den positiven Gesetzen so angesehen werden kann, so ist sie doch kein nothwendiges Erforderniß. Wenn in dieser Materie von Schuld die Rede ist und von deren Folgen, so wird die Schuld ohne Rücksicht auf den Ursprung genommen; ja es ist wohl vorzugsweise von derjenigen die Rede, die nicht durch Verletzung rechtlicher Gesetze begangen wird; wenigstens wird diese in den meisten Fällen ausreichen, wenn nicht in allen.

Selbst bei der Unkunde der Gesetze, in Ansehung deren man am ersten geneigt seyn wird, eine Verbindlichkeit des Wissens zu statuiren, glaube ich nicht — so paradox man im ersten Augenblick diese Behauptung auch finden mag — daß in Hinsicht auf Gesetze eine wirkliche *obligatio sciendi* vorhanden sey. In der That, von positiven Gesetzen abgesehen, wüßte ich doch wahrlich nicht, worauf sich eine eigentliche Verbindlichkeit, die Gesetze zu kennen und, was ihnen gemäß sey, zu wissen, gründen sollte. Eine solche Verbindlichkeit läßt sich schwerlich einmal in Beziehung auf Gesetze vertheidigen, die uns gewisse Handlungen gebieten oder verbieten, viel weniger noch in Ansehung solcher, die uns zwar auch die Regel des Verhaltens vorschreiben, dieß jedoch nur in Beziehung auf Andere und nur folgeweise thun, während sie uns zunächst nur gewisse Rechte gewähren? Wodurch sollte nun wohl für uns eine Verbindlichkeit begründet seyn, uns mit unse-

ren Befugnissen, mit dem, was bloß zu unserem Vortheil gereicht, bekannt zu machen? Würde nicht dadurch, was für uns eine Wohlthat seyn soll, für uns eine Last seyn oder wenigstens als eine Last behandelt werden? Durch die Verbindung, in welche der Bürger mit dem Staat tritt, macht er sich ohne Zweifel verbindlich, die Gesetze zu befolgen und daher scheint es, er müsse sich mit den Gesetzen bekannt machen, damit er sie nicht unwissend übertrete. Aber müßte nicht vielmehr der Staat den Bürger bei seiner Aufnahme in den Staat mit den Gesetzen bekannt machen, nämlich mit den älteren oder schon vorhandenen, gleichwie er ihn auch bei neuen Gesetzen damit bekannt machen muß?

Die Sache scheint so zusammen zu hängen. An und für sich müßte jedes Gesetz denjenigen, die es befolgen sollen, und zwar jedem Einzelnen, auch wohl jedem besonders bekannt gemacht werden. Es müßte wenigstens das ganze Volk zusammen gerufen und das Gesetz laut ausgerufen werden, so daß jeder Einzelne es vernehmen könne. Zuerst, als die Völker sich in Gesellschaften vereinigten, um unter einer höchsten Gewalt vereinigt zu leben und Gesetzen zu gehorchen, die von ihr ausgegangen waren, hat man es ohne Zweifel so und nicht anders gemacht, wenigstens dort, wo nicht das Volk selbst sich die Gesetze gab, sondern dem Einen, welcher befahl, Andere, welche gehorchten, gegenüber standen. Diese Art, das Gesetz bekannt zu machen, ist die älteste, einfachste und natürlichste; zugleich ist sie die einzige, die den Forderungen völlig entspricht, die man in dieser Hinsicht an den Gesetzgeber machen kann. Aber diese Verfahrungsart ist freilich sehr mühsam und was zu Anfange, da die Volksmenge noch schwach war, geschehen konnte, ward im Verlauf der Zeit beschwerlicher und

ward es um so mehr, je mehr die Staaten sich vergrößerten und an Zahl der Bürger zunahmen. Daher haben sich die Gesetzgeber ihr Geschäft mehr oder weniger zu erleichtern gesucht. Sie machen den Einzelnen nicht mit den Gesetzen bekannt, wie doch ihre Pflicht wäre, nicht einmal mit denen, die zur Zeit seiner Aufnahme in die Gesellschaft bereits gegeben sind, noch weniger mit denen, die hernach noch gegeben werden. Sie begnügen sich, das Gesetz im Allgemeinen kund zu thun oder vielmehr eine Handlung vorzunehmen, wodurch es dem Einzelnen allenfalls möglich gemacht wird, mit dem Gesetz und dessen Inhalt bekannt zu werden und fordern dann von ihm, daß er sich selbst darum bemühe, es kennen zu lernen. Ohne alle Mitwirkung von seiner Seite kann freilich ein Gesetz niemals zur Kenntniß des Einzelnen gelangen, aber man fordert in dieser Hinsicht viel mehr von ihm, als wozu er an sich verbunden seyn würde. Er soll nach einer im Allgemeinen geschehenen Bekanntmachung, von der er nicht vorher unterrichtet ward, selbst dafür sorgen, daß er über die Gesetze nicht unwissend sey; nicht bloß die Gesetze soll er kennen, die nach seiner Aufnahme in den Staat gegeben sind, sondern auch alle, die vor seiner Zeit frühere Gesetzgeber erlassen haben, überhaupt alle Gesetze ohne allen Unterschied, selbst solche, von denen er nicht weiß, wo er sie suchen soll, ja von deren Daseyn er nicht einmal eine Ahnung hat. Diese Art der Bekanntmachung kann für keine vollkommene gelten. Begnügt ein Gesetzgeber sich, das Gesetz aufzuschreiben, es drucken zu lassen u. s. w., so bleibt die Bekanntschaft des Einzelnen mit dem Gesetz dem Zufall überlassen; das Gesetz ist allen denjenigen unzugänglich, die nicht lesen können; überhaupt wird dadurch nur eine zweite Forderung, die man nach der

Bekanntmachung an den Gesetzgeber machen kann, nämlich der Vergessenheit seines Gesetzes entgegen zu wirken, mehr, wie die erste befriedigt. Nachdem nun der Staat seiner Pflicht, das Gesetz den Einzelnen bekannt zu machen, nicht sowohl genügt, als sich davon losgemacht hat, indem er, statt das Gesetz bekannt zu machen, dem Einzelnen bloß Gelegenheit gegeben hat, es ihm möglich gemacht, ihm wenigstens erlaubt hat, sich damit bekannt zu machen, kann er es doch nicht einräumen, daß diese Art, ein Gesetz bekannt zu machen, nicht genügend sey. Machte er ein solches Geständniß, so würde er in demselben Augenblick genöthigt seyn, seine Verfahrungsart zu verbessern. So lange er sie beibehält, muß sie für genügend angesehen werden. Wenn nun der Gesetzgeber dem Einzelnen das Gesetz nicht bekannt macht, dieses nur im Allgemeinen kund gemacht und von dem Einzelnen gefordert wird, daß er sich die Kenntniß desselben zu verschaffen suche, so ist nicht weiter darnach zu fragen, ob es wirklich zu seiner Kenntniß gelangt sey oder nicht. Niemand kann sich mit der Unkunde des Gesetzes entschuldigen; das Gesetz kennen müssen und es kennen, ist einerlei. Indem das Gesetz öffentlich bekannt gemacht ward, ward diese Art für genügend gehalten, es auch zur Kenntniß des Einzelnen zu bringen und wenn es ihm unbekannt geblieben ist, trägt er selbst die Schuld davon. Kurz, wenn einmal der Grundsatz angenommen ist, daß die einmal und im Allgemeinen geschehene Bekanntmachung des Gesetzes hinreichend sey, daß sie dasjenige leiste, was hier geschehen muß, so ist dadurch jedem Einzelnen das Gesetz bekannt gemacht, jeder Einzelne kennt das Gesetz und Niemand kann sagen, es sey ihm unbekannt geblieben. Das Gesetz wird gegeben, damit es be-

folgt werde, und jeder Einzelne, welcher der Staatsgewalt unterworfen ist, soll, wenn er in die Sphäre des Gesetzes tritt, dem Gesetz gehorchen, jeder Einzelne soll es zur Richtschnur seines Verhaltens nehmen; daher darf Niemand unbekannt damit bleiben und wenn die Art, wie der Gesetzgeber seinen Willen offenbart, in der Absicht, daß er zur Kenntniß des Einzelnen gelange, unvollkommen ist und der Einzelne an sich nicht nöthig haben würde, dazu mitzuwirken, daß er das Gesetz kennen lerne, wenigstens nicht in dem Grade, wie es gefordert wird, so muß doch, wenn sie einmal in der Verfassung gegründet ist, sie für vollkommen gelten und in Folge dessen muß jeder Einzelne so behandelt werden, als kenne er das Gesetz oder als sey es nur seine Schuld, wenn er es nicht kennt. Hier kann Unkunde keine Entschuldigung finden, eben so wenig, wie sie demjenigen zu Gute gehalten werden würde, welcher, zur Anhörung des Gesetzes geladen, nicht erschienen wäre oder auf den Vortrag des Redners nicht gehört hätte. Man würde ihm antworten, darauf könne nicht die geringste Rücksicht genommen werden, das sey seine Schuld. Könnte er aber Umstände beweisen, die ihn außer Schuld setzten, z. B. er wäre plötzlich krank geworden und hätte auch seitdem keine Gelegenheit gehabt, sich mit dem Inhalt des Gesetzes bekannt zu machen, dann müßte Unkunde des Gesetzes ihm allerdings zu Gute gehalten werden. Auf den Unterschied zwischen Zwangs- und Permissivgesetzen kann es hiebei nicht ankommen; denn nicht zu gedenken, daß auch Permissivgesetze uns die Regel unseres Verhaltens vorschreiben — sonst würden sie gar nicht Gesetze zu nennen seyn — wenigstens insofern, daß wir den Rechten Anderer nicht zu nahe treten dürfen, kömmt es hier auf den Inhalt des Gesetzes gar

nicht an, weil Jeder das Gesetz kennt oder kennen muß, ohne Rücksicht darauf, was darin enthalten seyn mag.

Diese Grundsätze scheint nun auch namentlich das römische Recht angenommen zu haben. Aber, ohne die Gründe aufzusuchen, woher der Einzelne verbunden ist, das Gesetz zu kennen, begnügt es sich, das Resultat anzugeben. Denn es stellt den Grundsatz auf, daß es Niemanden erlaubt sey, das Gesetz nicht zu kennen. Also schreiben die Kaiser Valentinian, Theodosius und Arcadius:

> Constitutiones principum nec ignorare quemquam, nec dissimulare permittimus.

Sie machen dabei keinen Unterschied zwischen Zwangs- und Permissivgesetzen, sondern jeder Bürger, der nach dem Gesetz sich richten soll, soll den Inhalt eines jeden Gesetzes kennen und — verstehen, damit er wisse, was er nicht thun dürfe und was ihm erlaubt sey, zu thun [4]).

Wenn nun Jeder die Gesetze kennt oder kennen muß, so ist damit freilich noch nicht bewiesen, daß er in jedem einzelnen Fall wissen müßte, was dem Gesetz gemäß sey, daß er namentlich in der Auslegung und Anwendung des Gesetzes nicht irren dürfte. Indessen würde ihm auch dabei — nur von einer anderen Seite oder in anderer Hinsicht — etwas zur Last fallen, es würde ein Fehler seyn, von dem man annehmen muß, daß er ihn bei größerer Sorgfalt hätte vermeiden können und müssen.

---

[4]) *L. 9. C. de leg.* Leges sacratissimae, quae constringunt hominum vitas, intelligi ab omnibus debent, ut universi, praescripto earum manifestius cognito, vel inhibita declinent, vel permissa sectentur. Si quid vero in iisdem legibus latum fortassis obscurius fuerit, oportet id ab imperatoria interpretatione patefieri duritiamque legum nostrae humanitati incongruam emendari.

Wenn nun gleich die Unkunde des Rechts als entsprungen aus einer Vernachlässigung der Pflicht oder vielmehr der Zumuthung, sich mit dem Gesetz bekannt zu machen, angesehen werden kann, so findet sich doch keine Spur davon, daß der Grundsatz, die Unkunde oder der Irrthum wird Niemanden zu Gute gehalten, aus dieser Quelle hergeleitet sey. Es kann auch die Vernachlässigung einer obligatio sciendi, wenn man sie so nennen will, nicht als der allgemeine und letzte Grund angesehen werden, worauf die Gesetzgebung und der Unterschied zwischen der Unwissenheit des Rechts und der Thatsachen beruht. Nicht bloß die Unwissenheit der gegebenen Gesetze wird Niemanden zu Gute gehalten, es gilt dasselbe auch in Ansehung der Unwissenheit dessen, was dem Naturrecht gemäß ist; es gilt dasselbe in Ansehung des Irrthums im Auslegen oder Anwenden des Gesetzes, welcher mit der Unkunde hier gleich steht, was auf einen Grund hindeutet, der beiden gemeinschaftlich ist und macht, daß auf beide dieselben Grundsätze angewandt werden. Gibt es aber wohl eine Verbindlichkeit, nicht zu irren? Auch die Unkunde der Thatsachen wird nicht immer verziehen; sie ist in einigen Fällen eben so nachtheilig, wie die Unkunde des Rechts, und worauf sollte sich nun wohl die Verbindlichkeit gründen, das zu erforschen, was Andere thun oder gethan haben und was sonst in der Welt geschieht oder geschehen ist? Kurz, es kömmt Alles darauf zurück, daß hier, wenigstens im Allgemeinen und besonders in der Sphäre des Privatrechts, von keiner eigentlichen *obligatio sciendi*, nämlich von keiner solchen, die aus rechtlichen Gesetzen hervorgeht, und von keiner Verletzung einer solchen die Rede ist.

In der That bedarf es hier auch keiner Zurückführung auf eine verletzte Verbindlichkeit oder auf eine widerrechtliche Handlung überhaupt. Die Schuld der Unwissenheit ist eine Schuld, die sich gegen denjenigen richtet, der sie begangen hat. Es ist hier gar nicht die Rede davon, daß ein Anderer uns widerrechtlich beschädigt hat und Ersatz dafür leisten soll, noch, daß wir einen Anderen in Schaden gesetzt haben und ihm den Schaden vergüten sollen. Wenn wir durch Rechtsunkunde oder durch Rechtsirrthum Schaden erlitten haben, so erleiden wir ihn selbst, an unserem eigenen Vermögen, und durch eigene Schuld. Unsere Schuld schadet uns. Wir haben den Schaden durch unsere Unwissenheit, unseren Irrthum uns selber zugefügt. Dieser Schade ist eine bloße natürliche Folge unserer Unbekanntschaft mit den Dingen und unseres Mangels an Einsicht. So setzt sich überhaupt jeder der Gefahr aus, Schaden zu leiden, der ein Geschäft vornimmt, dem er nicht gewachsen ist oder dem wegen seiner Unkenntniß dessen, was er thun dürfte oder müßte, die Vortheile entgehen, die er sich hätte machen können. Es würde eine besondere Begünstigung seyn, wenn die Unwissenheit und der Irrthum uns nicht schadeten, wenn das Gesetz sie uns zu Gute kommen ließe, um gewisse vortheilhafte Wirkungen hervorzubringen oder nachtheilige Folgen unserer Handlungen von uns zu entfernen. Wirklich bedeutet auch der Ausdruck des römischen Rechts: *Ignorantia nocet* nichts anderes, als daß diese Begünstigung uns nicht, und *non nocet*, daß sie uns zu Theil wird und, wie schon Cujacius bemerkt hat, das *non nocere* ist hier gleichbedeutend mit *prodesse*, wie das *nocere* mit *non prodesse*. Auf diese Begünstigung hat aber derjenige keine Ansprache, der sich die Kenntniß hätte verschaffen oder den

Irrthum vermeiden können, dessen Unwissenheit oder Irrthum, sey es auch nur durch Mangel an Behutsamkeit, zu große Sorglosigkeit u. s. w., verschuldet ist. Hierauf kömmt es in dieser Materie an und mehr, als das Object, in Ansehung dessen die Unwissenheit oder der Irrthum Statt findet, kömmt in Betrachtung, ob er bei Anwendung gehöriger Sorgfalt hätte vermieden werden können; daher war Leyser nicht eben auf dem unrechten Wege, wenn er jeden anderen Unterschied verwarf, außer dem zwischen ignorantia s. error *vincibilis* und *invincibilis* [5]). Die vom Object hergenommene Unterscheidung zwischen Unkunde des Rechts und der Thatsachen kömmt indessen gerade nur deshalb in Betrachtung, als eben aus dieser nach dem Object verschiedenen Art von Unwissenheit der Grund zum Vorwurf von Verschuldung oder das Gegentheil herzuleiten ist.

§. 5.

Fortsetzung.

Von der Entschuldigung, die demjenigen zu Gute kommt, der keine Gelegenheit hatte, die Rechtsgelehrten zu fragen.

Wenn die Frage entsteht, ob Rechtsunkunde u. s. w. uns schaden oder nicht, kömmt, nach der Meinung des Labeo, in Betrachtung, ob man Gelegenheit hatte, Rechtsgelehrte zu Rathe zu ziehen. Fehlte es daran, so würde auch die Unwissenheit des Rechts uns zu Gute gehalten werden müssen. Denn also lehrt Labeo:

---

[5]) *Leyser* spec. 289. med. 1 et 2.

L. 9. §. 3. *D. de juris et facti ign.*

Sed juris ignorantiam non prodesse, *Labeo* ita accipiendum existimat, si Jurisconsulti copiam haberet, vel sua prudentia instructus sit, ut, cui facile sit scire, ei detrimento sit juris ignorantia, quod raro accipiendum est.

Man muß also Rechtsgelehrte um Rath fragen können oder selbst einer seyn; nur dann schadet uns die Unwissenheit des Rechts, sonst aber nicht. Justinian hat diese Meinung des Labeo in seine Pandecten aufgenommen und da sie nicht gemißbilligt ist, muß sie als gebilligt angenommen und es müßte in vorkommenden Fällen ihr nachgegangen werden. Auch nehmen unsere Rechtsgelehrte an, daß, wenn Jemand keine Gelegenheit hatte, die Rechtsgelehrten zu fragen, seine Unwissenheit u. s. w. ignorantia *invincibilis* sey und bei jedem Gericht Entschuldigung finde; nur die Unkunde des natürlichen Rechts werde nicht verziehen und auch des positiven in so weit nicht, als dieses allgemein bekannt sey. Es sey übrigens nicht nöthig, daß im Ort selbst Gelegenheit sey, Rechtsgelehrte zu fragen, es sey schon genug, wenn nur einer in der Nachbarschaft zu finden sey [1]).

Mit dem System des römischen Rechts scheint mir die Meinung des Labeo nicht übereinzustimmen und das ist vielleicht der Grund, weshalb Paulus sich begnügt, ihrer bloß zu gedenken, ohne sich weiter über sie zu äußern. Man soll die Gesetze kennen, soll wissen, was den Gesetzen gemäß ist und doch soll man wieder entschuldigt seyn, wenn man sie nicht gekannt hat, weil man keine Gelegenheit

---

[1]) *Brunnemann* ad L. 9. §. 3. D. h. t.

hatte, die Rechtsgelehrten zu befragen. Auf die Art wird der Satz, man muß wissen, was Rechtens sey, ganz umgestoßen und verwandelt sich in einen anderen, man muß die Rechtsgelehrten fragen. Alle Unbilligkeit und Härte verschwindet aus der römischen Gesetzgebung schon dadurch, daß hier überall nicht von Strafen die Rede ist, die das Gesetz mit der Unwissenheit oder dem Irrthum verbindet, nicht von nachtheiligen Folgen, die vermöge des Gesetzes den Unwissenden oder Irrenden treffen, sondern bloß vom Mangel einer Begünstigung, die ihm nicht zu Theil wird. Soll dennoch jene Rücksicht auf die Gelegenheit genommen werden, die Jemand hatte oder entbehrte, die Rechtsgelehrten zu befragen, so ist wenigstens das lange nicht ausreichend, was Labeo darüber lehrt. Denn vor allen Dingen hätte hier in Betrachtung kommen müssen, ob Jemand Veranlassung hatte, die Rechtsgelehrten zu befragen. Diese hat er nur, wenn er über das, was er von Rechtswegen zu thun hat oder unterlassen kann, zweifelhaft ist. Wie kann man z. B. dem, welcher bezahlt, was er schuldig zu seyn glaubt, und in dem nicht der leiseste Zweifel aufgestiegen ist, daß er schuldig sey, den Vorwurf machen, er habe die Rechtsgelehrten fragen sollen. In dem Vorwurf, den man dem Unwissenden oder Irrenden macht, du hättest die Rechtsgelehrten fragen sollen, liegt im Grunde in Fällen dieser Art zugleich seine Entschuldigung. Sagt man zu ihm: Du hättest die Rechtsgelehrten fragen sollen, so wird er antworten: Nun wohl, so hatte ich nicht nöthig, das zu wissen, warum ich sie fragen sollte — und sie zu fragen hatte ich keine Veranlassung. Und wie kann Jemand die Rechtsgelehrten fragen, wenn von bloßen Unterlassungen die Rede

ist und er von dem Daseyn des Gesetzes, was ihn zu Handlungen verpflichtet, nicht einmal eine Ahnung hat?

Die Lehre des Labeo würde sehr wohl gegründet seyn, wenn bloß von dem eigentlichen Rechtsirrthum die Rede wäre und es sich mit der Befragung der Rechtsgelehrten auf die Auslegung und Anwendung der Rechtssätze in zweifelhaften Fällen beschränkte. Dann könnte man Folgendes dafür sagen: Sind die Gesetze gehörig bekannt gemacht, so kann Unwissenheit dessen, was sie enthalten, Niemanden zu Gute gehalten werden. Namentlich darf Niemand über den Inhalt von Gesetzen unbekannt seyn, die dem Bürger categorisch vorschreiben, was er thun oder lassen soll. Aber von der bloßen Unwissenheit ist der Irrthum zu unterscheiden. Wenn der Laie in der Auslegung oder Anwendung der Gesetze, nämlich der positiven — von denen ist hier überhaupt nur die Rede — sich irrt, so verdient dieß schon eher Entschuldigung. Zwar kann man ihm auch in diesem Fall den Vorwurf machen, er habe die Sache nicht gehörig überlegt; indessen, da hier von Sachen die Rede ist, die den Gegenstand einer eigenen Kunst und Wissenschaft ausmachen, so konnte er den Leuten vom Fach überlassen, diese Ueberlegung anzustellen. Ihm kann es in solchen Fällen bloß zur Last gelegt werden, wenn er handelt, ohne die Kunstkenner um Rath zu fragen. Dieß setzt voraus, daß er Gelegenheit und — Veranlassung dazu hatte. An der Gelegenheit kann es aber niemals fehlen, da es hier nicht darauf ankömmt, was leicht zu bewerkstelligen, sondern was möglich ist. Die Lehre des Labeo ist nun zwar auf die vorhandene Gelegenheit beschränkt, wiewohl es dieser Einschränkung am wenigsten bedurft hätte, aber nicht auf den Rechts-

irrthum, nicht auf zweifelhafte Fälle und nicht auf Veranlassung; vielmehr spricht Labeo von der *ignorantia juris* im Allgemeinen und ohne andere beschränkende Zusätze, außer der Gelegenheit.

Was den heutigen Gebrauch der Lehre des Labeo betrifft, so wird davon bei uns so leicht nicht die Rede seyn können. Nicht leicht wird Jemanden die Entschuldigung zu Statten kommen, es habe ihm die *copia Jureconsulti* oder die Gelegenheit gefehlt, die Rechtsgelehrten um Rath zu fragen. Denn für dieß Bedürfniß pflegt überall gesorgt zu seyn und selbst der kleinste Ort an *Jureconsultis* keinen Mangel zu leiden. Sie sind es freilich nicht alle in superlativo, besonders, wenn sie erst unlängst die Schule verlassen haben und es ihnen an eigener Erfahrung fehlt, aber besondere Einsicht und Erfahrung sind hier auch nicht erforderlich. Wenn Jemand nur überhaupt einen Rechtsgelehrten gefragt hat, — nämlich einen solchen, der bei der Prüfung bewährt gefunden und als Lehrer, Advocat u. s. w. angestellt ist, — und dieser hat ihm einen falschen Rath gegeben, so ist er ohne Zweifel entschuldigt. Da nach der Lehre des Labeo nur dann Schuld an ihm haftet, wenn er Gelegenheit hatte, die Rechtsgelehrten zu fragen und er sie nicht benutzt hat, so versteht es sich, daß Unwissenheit und Irrthum und namentlich der letztere ihm zu Gute gehalten werden müssen, wenn er sie befragt und nach ihrem Rath gehandelt hat. Die Schuld fällt dann auf den Rechtsgelehrten, der seine Kunst nicht besser verstand; wenigstens kann man dem Laien in diesem Fall keine Schuld beimessen — und das ist hier schon genug.

§. 6.

Fortsetzung.

Das römische Recht unterscheidet also Unwissenheit und Irrthum in Ansehung des Rechts und der Thatsachen und bei einer Darstellung dieser Lehre nach Grundsätzen des römischen Rechts muß es schon sein Bewenden dabei haben. Es stellt die Regel auf: die Unwissenheit und der Irrthum schaden uns, wenn sie das Recht betreffen; sie schaden uns nicht, wenn sie sich auf das Geschehene beziehen. In Ansehung des Geschehenen darf man unwissend oder im Irrthum seyn, das Recht muß man kennen. Die Gesetze rächen sich an denen, die sich nicht um sie bekümmern. Die Regel, daß Unwissenheit und Irrthum in Ansehung des Rechts uns schaden, liegt in vielen Stellen des römischen Rechts, welche Ausnahmen von der Regel machen oder keine zulassen, zum Grunde. Am bestimmtesten trägt Paulus sie vor:

> Regula juris est, juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere [1]);

und erläutert sie sodann mit Beispielen.

Ehe ich nun weiter gehe, muß ich bemerken: Wenn hier von Unkunde des Rechts die Rede ist, wird Unkunde des positiven Rechts damit gemeint. Zwar würde auch Unwissenheit des natürlichen Rechts nicht verziehen werden; aber sie gehört nicht hieher, sondern zum Mangel an Einsicht und dieser findet eben so wenig Entschuldigung, wie Unwissenheit des natürlichen Rechts. Ja, noch weniger, denn er würde selbst denjenigen nicht verziehen werden, de-

[1]) L. 9. pr. D. h. t.

nen die Unwissenheit des Rechts verziehen wird, unter welcher er nicht enthalten ist. Es wäre zwar möglich, daß das natürliche Recht zugleich bürgerliches wäre und dann freilich würde man in Ansehung dessen ebenfalls unwissend oder im Irrthum seyn können. Dann würde diese Unwissenheit, dieser Irrthum aus doppeltem Grunde, als Einfalt und als ignorantia oder error juris, schaden, nach der angeführten Regel: Ignorantia juris nocet.

Welche Bedeutungen hier mit den Ausdrücken schaden und nicht nützen verbunden sind, ist schon oben vorläufig erwähnt. In Hinsicht auf die Bedeutung von *nocere* und *non nocere* bemerkt Cujacius: *nocere* bedeute hier *non prodesse* und *non nocere* — *prodesse. Nocere* und *non prodesse* seyen verschieden wie *nolle* und *non velle.* Das Wort *nocere* werde in doppelter Bedeutung gebraucht, es bedeute 1) schaden und 2) nicht nützen, einen Gewinn uns entziehen, den wir gemacht haben würden, also *non prodesse*, *lucrum intercipere.* In diesem letzteren Sinn werde von der Unwissenheit des Rechts gesagt, daß sie uns schade; in der That aber schade sie uns nicht; die Kenntniß des Rechts, die scientia, nicht die ignorantia juris sey es, welche schädlich seyn oder werden könne. Die Unwissenheit des Rechts sey nie die Ursache des Schadens [2]).

Cujacius erläutert seinen Satz, daß die Unwissenheit des Rechts uns nur insofern schadet, als sie uns keinen Vortheil bringt, durch mehrere Beispiele:

1) Wenn Jemand einem Haussohn Geld leiht, so steht ihm das Senatusconsultum Macedonianum in dem Fall nicht

---

[2]) *Cujacii* obs. lib. 5. cap. 39.

nicht entgegen, wenn er ihn für einen Hausvater hielte und auch vernünftigen Grund hatte, ihn dafür zu halten. Nur wenn er ihn aus Einfalt oder Unwissenheit des Rechts dafür gehalten, kömmt dieser Einwand ihm nicht zu Statten [3]). Der Irrthum schadet hier nicht; auch ohne den Irrthum würde dem Darleiher kein Recht zugestanden haben, das Darlehn mit Erfolg zurückzufordern; die Unwissenheit des Rechts kömmt ihm bloß nicht zu Gute, das Geld wiederfordern zu können.

2) Wenn eine Wittwe innerhalb des Trauerjahrs heirathet, so bringt dieß nicht bloß in Beziehung auf sie selbst einen Flecken an der Ehre hervor, sondern auch in Hinsicht auf den Mann, der sich mit ihr vermählt hat. Notatur etiam, bemerkt Ulpianus, *qui eam duxit, sed si sciens: ignorantia enim excusatur, non juris, sed facti* [4]). Auch hier ist es nicht die Unwissenheit des Rechts, welche schadet; sie vermindert die Ehre nicht, sie ist nur nicht tauglich, die Ehre zu erhalten.

3) Wer aus Unwissenheit oder Irrthum gestanden hat, hat nicht gestanden. Aber die Unwissenheit des Rechts kommt ihm nicht zu Gute, um diese Wirkung hervorzubrinbringen [5]). Er wird nicht deshalb als geständig behandelt, weil er in Unwissenheit des Rechts sich befand; die Unwis-

---

[3]) *L. 3. pr. D. Ad Senatuscons. Maced.* Si quis patremfamilias esse credidit, non vana simplicitate deceptus, nec juris ignorantia, sed quia publice paterfamilias plerisque videbatur, sic agebat, sic contrahebat, sic muneribus fungebatur: cessabit senatusconsultum.

[4]) L. 11. §. 4. D. de his, qui not. infamia.

[5]) *L. 2. D. de confessis.* Non fatetur, qui errat, nisi jus ignoravit.

senheit des Rechts macht nur nicht, daß er als nicht geständig zu betrachten ist.

4) Wer den Patron ohne Erlaubniß vor Gericht fordert, verfällt in Strafe, obgleich es aus Unwissenheit des Rechts geschehen ist [6]). Ueberhaupt unterwirft die Unwissenheit des Rechts uns nicht der Strafe. Sie befreiet uns nur nicht davon.

5) Ein Bürge, dessen Bürgschaft nicht verbindlich war und der den Gläubiger aus Unwissenheit befriedigt hat, kann auf den Schuldner zurückgehen und das Bezahlte wiederfordern, wenn er aus Unwissenheit der Thatsachen gehandelt hat, nicht aber, wenn aus Unwissenheit des Rechts [7]). Auch hier schadet die Rechtsunwissenheit nicht; sie bewirkt nicht, daß dem Bürgen gegen den Hauptschuldner die Klage versagt wird, sie gibt nur keinen Grund an die Hand, sie ihm beizulegen.

6) Klagen erlöschen bekanntlich binnen 30 Jahren und es heißt in dieser Hinsicht im römischen Recht: Post hanc vero temporis definitionem nulli movendi ulterius fa-

---

[6]) *L. 2. C. de in jus voc.* Venia edicti non petita, patronum, seu patronam, eorumque parentes, et liberos, heredes insuper, etsi extranei sint, a libertis, seu liberis eorum non debere in jus vocari, jus certissimum est: nec in ea re rusticitati venia praebeatur, cum naturali ratione honor hujusmodi personis debeatur. Cum igitur confitearis, patroni tui filium sine permissu praesidis te in jus vocasse: poenam edicto perpetuo praestitutam, rescripto tibi concedi temere desideras.

[7]) *L. 29. §. 1. D. Mandati.* Non male tractabitur si, cum ignoraret fidejussor, inutiliter se obligatum, solverit, an mandati actionem habeat? et si quidem factum ignoravit, recipi ignorantia ejus potest: si vero jus, aliud dici debet.

cultatem competere censemus, *etiam si se legis ignorantia excusare tentaverit*[8]). Auch hier, sagt Cujacius, schadet nicht die Unwissenheit des Rechts. Nicht die Unwissenheit des Rechts macht die Klage erlöschen, sondern der Ablauf der Zeit.

7) Wer aus Unwissenheit des Rechts eine Nichtschuld bezahlt hat, kann das Bezahlte nicht zurückfordern. Wiederum ist es nicht die Unwissenheit des Rechts, welche schadet, sie macht nicht, daß die condictio indebiti uns versagt wird, sondern sie gibt nur keinen Grund an die Hand, sie uns zu gewähren.

Durch diese wenigen Bemerkungen hat der große Meister über eine Gegend in diesem Gebiet ein helles Licht verbreitet. Zwar möchte ich nicht gerade behaupten, daß die Unwissenheit uns niemals schädlich sey und nur die Kenntniß uns schaden könne. Ja, sie schadet uns allerdings; in Folge ihrer haben wir einen Schaden erlitten, den wir außerdem nicht erlitten haben würden; aber dieß Schadenleiden ist eine bloße natürliche Folge unserer Unwissenheit und unseres Mangels an Einsicht, die das Gesetz geschehen lassen muß, weil es sie nicht verhindern kann. Man muß dabei einen Unterschied machen. In einigen Fällen macht Unwissenheit, daß wir einen Verlust an unserem bereits erworbenen Vermögen erleiden, in anderen hindert sie uns, es durch neuen Erwerb zu vermehren; in jenen fügt sie uns einen wirklichen Schaden zu, in diesen entzieht sie uns einen Gewinn, den wir außerdem gemacht haben würden Wenn nun Jemand an seinem bereits erworbenen Vermögen einen positiven Schaden erlitten hat, so kann die Un-

8) L. 3. C. de praescr. 30. ann.

wissenheit, wenn sie die Thatsachen betrifft, ihm zu dem Ende zu Gute kommen, daß er, unter Berufung auf sie, den Schaden wieder gut macht, den er erlitten hat; sie kann ihm auch zu dem Ende nützlich seyn, daß er, unter Berufung auf sie, gewisse Vortheile erlangt. Aber diese Wirkungen, welche die Unwissenheit und der Irrthum in Ansehung der Thatsachen hervorbringt, kommen demjenigen nicht zu Gute, dem Unwissenheit und Irrthum in Ansehung des Rechts zu Schulden kommen. Durch die angeführte Regel werden sie in Ansehung jener beigelegt, in Ansehung dieser versagt. Die Unwissenheit der Thatsachen kann uns nützlich seyn; aber die Unwissenheit des Rechts bringt diesen Nutzen nicht hervor. Kurz, die Sache verhält sich genau so, wie die Worte der L. 9. §. 5. D. h. t. ihrer Bedeutung und Stellung nach ausdrücken: *Ignorantia facti, non juris prodest.* — Im Grunde müßte daher, um es in parenthesi zu bemerken, beim Vortrage dieser Lehre mit der Unwissenheit und dem Irrthum in Ansehung der Thatsachen der Anfang gemacht werden und die Unwissenheit und der Irrthum in Ansehung des Rechts müßte auf sie folgen, da sie jetzt in den Lehrbüchern voransteht; man müßte sagen, die Unwissenheit der Thatsachen bringt gewisse vortheilhafte Wirkungen hervor, nämlich folgende, und dann weiter, aber der Unwissenheit des Rechts kommen diese Wirkungen nicht zu Gute. Es ist nur in anderer Hinsicht nicht rathsam, vom Gewöhnlichen abzuweichen. — Die Unwissenheit und der Irrthum, wenn sie das Recht betreffen, kommen uns nicht zu Gute in Fällen, da wir einen positiven Schaden erlitten haben an unserem bereits erworbenen Vermögen — nocent *in damnis;* — sie kommen uns nicht zu Gute, wenn es darauf

ankommt, einen Gewinn oder Erwerb mit Hülfe ihrer zu machen, also nicht *in lucris*; — in beiden Fällen, welche das römische Recht und auch die Rechtsgelehrten unterscheiden, dienen sie uns nicht, den Schaden wieder gut zu machen oder beziehungsweise den Gewinn uns zu verschaffen. Das *Nocere* läßt sich in allen Fällen auf ein *non prodesse* zurückführen. Wenn Cujacius den Satz aufstellt, daß die Unwissenheit und der Irrthum in Ansehung des Rechts uns nicht schaden, so will er damit ohne Zweifel nur sagen, daß sie uns vor dem Gesetz nicht schaden, indem sie uns nur nicht, gleich der Unwissenheit und dem Irrthum in Ansehung der Thatsachen, vortheilhaft sind.

Sonst ist diese ganze Lehre im Grunde sehr einfach und gehört an und für sich nicht zu den schweren. Es ist nichts, als der richtige Sinn der Regel und deren Anwendung auf einzelne Fälle, neben den Ausnahmen. Nicht mit Unrecht macht Leyser die Bemerkung und hebt gleich damit an, daß er sagt: Nullibi JCti luculentiore specimine ostenderunt, posse se ex re plana et perspicua obscurissimam et intricatissimam facere, quam in doctrina de ignorantia [9]). Zwar, er nimmt es hiermit in einem etwas anderen Sinn und sein Tadel trifft zunächst schon die römischen Rechtsgelehrten.

Wenn wir sodann der gewöhnlichen Ordnung folgen und zuerst von der Unwissenheit und dem Irrthum in Ansehung des Rechts handeln, so läßt sich diese Lehre auf zwei einfache Grundsätze zurückführen:

1) Die Unwissenheit und der Irrthum des Rechts bringen uns keinen Gewinn.

---

[9]) *Leyser* spec. 289. med. 1.

2) Sie befreien uns nicht von Schaden und Strafe.

Nur gewisse Personen haben das Vorrecht, in Ansehung des Rechts unwissend oder im Irrthum seyn zu dürfen und bei diesen finden Ausnahmen Statt, bei den einen von beiden Regeln, bei den anderen von der einen.

In dieser Ordnung wollen wir nun diese Lehre vortragen; zuerst die Regeln angewandt auf einzelne Fälle; dann die Ausnahmen. Zuvor aber noch eine Bemerkung, die sich nicht auf die Unwissenheit des Rechts beschränkt.

Von der Unwissenheit des Rechts pflegen die Rechtsgelehrten zu lehren, sie werde uns nicht zu Gute gehalten, wenn bei einer Handlung oder einem Rechtsgeschäft nicht beobachtet sey, was zum Wesen desselben oder zu den vom Gesetz vorgeschriebenen Solemnien gehöre. Dieß ist freilich richtig, es ist nur keine Anwendung der Regel, daß die Unwissenheit des Rechts uns nicht zu Statten kömmt; sie würde auch bei denjenigen Personen, denen Unwissenheit des Rechts ausnahmsweise verziehen wird, in Fällen dieser Art, sie würde selbst dann nicht verziehen werden, wenn aus Unkunde oder Irrthum der Thatsachen ein Fehler in wesentlichen Stücken begangen wäre oder in Ansehung der vom Gesetz vorgeschriebenen Feierlichkeiten. Gesetzt, es wäre bei einem Testament nicht die gesetzliche Zahl von Zeugen zugezogen; hier würde es uns eben so wenig zu Gute gehalten werden, wenn wir uns verzählt, als wenn wir nicht gewußt hätten, wie viel Zeugen nach den Gesetzen bei einem Testament erforderlich sind. Wenn auch die Unwissenheit und der Irrthum des Rechts uns in einzelnen Fällen zu Gute gehalten werden, können sie doch nicht machen, daß das Geschehene nicht geschehen oder das, was hätte geschehen müssen, an Stelle seiner geschehen sey.

Sie können nur unsere Schuld aufheben und uns Verzeihung beim Gesetz insoweit auswirken, daß die Unwissenheit oder der Irrthum in Ansehung des Rechts der Unwissenheit oder dem Irrthum in Ansehung der Thatsachen gleich gestellt wird. Auch die letztere, wie sehr sie Entschuldigung finden mag, kann das Unmögliche nicht bewirken. Sie kann nicht machen, wenn das Wesentliche nicht beobachtet ist oder die Gesetze übertreten sind, daß alles das anders ist, daß die Substanz vorhanden, die Gesetze befolgt sind. Sie kann uns nur bei Handlungen, die von unserer Willkühr abhingen, wobei eine Schuld Statt finden und diese verziehen werden kann, gegen nachtheilige Folgen in Schutz nehmen.

§. 7.

Erste Regel.

Die Unwissenheit und der Irrthum in Ansehung des Rechts bringen uns keinen Gewinn.

Es gibt Fälle, da die gute Meinung, die wir hegen, die Stelle der Wahrheit vertritt; in Folge ihrer erwerben wir und eben so gut, wenn auch nicht eben so leicht, als wir nur immer gekonnt hätten, wenn das sich wirklich so verhalten hätte, was wir nur geglaubt haben. Die Unwissenheit und der Irrthum verhelfen uns zu einem Erwerb, den wir im Besitz der Kenntniß nicht machen konnten. Aber diese Unwissenheit, dieser Irrthum, wenn sie eine solche Wirkung hervorbringen sollen, müssen uns nicht zur Last gelegt werden können; wir dürfen nämlich aus unserer Verschuldung keinen Vortheil ziehen.

Die Unwissenheit kommt also denjenigen nicht zu Gute, welche aus Unkunde des Rechts die Gelegenheit unbenutzt

vorbei ließen, die sie hatten, oder die Zeit verstreichen ließen, die das Gesetz bestimmt hatte, einen Erwerb zu machen, der sich ihnen darbot, und ihr Vermögen dadurch zu vermehren [1]). Die Unkunde und der Irrthum in Ansehung des Rechts wird demjenigen nicht zu Gute gehalten, welcher sich, um durch Usucapion zu erwerben, auf sie stützen will. Nur ein Irrthum, welcher Entschuldigung verdient, kömmt uns zum Behuf der Verjährung zu Statten; von dieser Art ist nicht der Irrthum des Rechts. Nunquam in usucapionibus, lehrt Paulus, juris error possessori prodest [2]). Und Papinian gibt die allgemeine Regel:

> Juris ignorantia non prodest acquirere volentibus [3]).

Eben so wenig wie Unwissenheit des Rechts demjenigen zu Gute gehalten wird, der einen Erwerb, wodurch er sein Vermögen hätte vermehren können, zu machen versäumt, nämlich die Gelegenheit, sein Vermögen zu vergrößern, bloß nicht benutzt hat, wird sie demjenigen verziehen, der eine Handlung vornahm, wodurch er diesen Erwerb ausdrücklich von sich wies. Daher rief ein Frauenzimmer, welches aus Unwissenheit des Rechts auf die mütterliche Erbschaft Verzicht geleistet hatte, den Princeps vergebens um Hülfe an [4]).

---

[1]) L. 1. §. 1. 2. 3. 4. L. 3. C. h. t.

[2]) L. 31. pr. D. de usurpat et usucap. S. auch L. 4. D. de juris et facti ign. L. 2. §. 15. D. pro emt.

[3]) L. 7. D. de juris et facti ign.

[4]) *L. 2. C. h. t.* Cum ignorantia juris facile excusari non possis, si major annis vigintiquinque haereditati matris tuae renunciasti, sera prece subveniri tibi desideras.

§. 8.

Zweite Regel.

Die Unwissenheit und der Irrthum in Ansehung des Rechts befreien uns nicht von Schaden, den wir an unserem Vermögen erlitten haben.

Hieher gehört namentlich, wenn der Erbe, weil er aus Unkunde des Rechts nicht wußte, daß er die Macht dazu habe, unterlassen hat, den Vermächtnißnehmern das Falcidische Viertheil abzuziehen [1]). Dieser Fall gehört zu denjenigen, da er durch Unwissenheit des Rechts einen Schaden an seinem bereits erworbenen Vermögen erlitten hat. Denn die Erbschaft war in sein Vermögen übergegangen; er hat etwas weggegeben, was er hätte behalten dürfen und will es wieder haben; die Unwissenheit, die ihm zur Schuld angerechnet wird, nützt ihm nicht, es zurückfordern zu können. Die Unwissenheit in Ansehung des Rechts findet keine Entschuldigung [2]). Es ist einerlei, ob Jemand wissentlich etwas weggibt, was er nicht schuldig ist — oder nicht wissentlich, jedoch bloß unwissend oder irrend in rechtlichen Dingen.

Ferner gehört hieher, wenn Jemand in der Meinung, dazu schuldig zu seyn, bezahlt hat, was er nicht schuldig war. Hat er in Ansehung der Thatsachen geirrt, so erlaubt ihm das Gesetz, das Bezahlte (mit der condictio indebiti) zurückzufordern [3]). Wenn aber ein Irrthum in Ansehung des Rechts bei der Zahlung zum Grunde

---

[1]) L. 9. §. 5. D. h. t.

[2]) L. 9. C. Ad Legem Falc.

[3]) L. 6. L. 10. C. de juris et facti ign. L. 22. pr. D. de condictione indebiti. L. 6 et 7. C. eod. L. 19. §. 6. D. Locati.

lag, so kömmt die Regel zur Anwendung: Der Irrthum in Ansehung des Rechts schadet uns, er schadet uns namentlich *in damnis*, und das Recht der Zurückforderung fällt weg [4]).

Ist bloß aus Irrthum versprochen worden, was Jemand nicht schuldig war oder mehr, als er schuldig war, so kann der, welcher das Versprechen leistete, nicht mit Erfolg belangt werden. Dieß hat in dem Fall keinen Zweifel, da der Irrthum die Thatsachen betraf [5]), in welchem Fall, wie nur so eben bemerkt ward, sogar das Gegebene zurückgefordert werden kann. Wie aber, wenn er aus Mangel an Rechtskenntnissen sich für schuldig gehalten und das Versprechen geleistet hat? Die Rechtsgelehrten pflegen ihn auch in diesem Fall von der Verbindlichkeit zu befreien, sein Versprechen zu erfüllen. Sie berufen sich deshalb auf eine Stelle des Ulpianus, wornach demjenigen, welcher sich etwas *sine causa* versprechen ließ, wenn er klagt, die exceptio doli entgegensteht [6]). Indessen ist doch sehr die

---

[4]) L. 10. C. de juris et facti ign.

[5]) L. 31. D. de cond. indebiti.

[6]) *L. 2. §. 3. D. de doli mali et metus exc.* Circa primam speciem, quibus ex causis exceptio haec locum habeat, haec sunt quae tractari possunt. Si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur, exceptio utique doli mali ei nocebit. Licet enim eo tempore, quo stipulabatur, nihil dolo malo admiserit: tamen dicendum est, eum, cum litem contestatur, dolo facere, qui perseveret ex eâ stipulatione petere. Et si cum interponeretur, justam causam habuit, tamen nunc nullam idoneam causam habere videtur. Proinde et si crediturus pecuniam stipulatus est, nec credidit, et si certa fuit causa stipulationis, quae tamen aut non est secuta, aut finita est, dicendum erit nocere exceptionem.

Frage, ob dieß auf denjenigen Anwendung finden könne, der etwas aus Rechtsirrthum versprochen hat, ob nicht in solchem Fall das Versprechen selbst *causa* sey. Die Beweiskraft jener Stelle ist auch schon von Alters her bestritten [7]). Es heißt zwar in der *L. 3. C. de cond. indebiti:* Cum et soluta indebita quantitas ab ignorante repeti possit: multo facilius quantitatis indebitae interpositae scripturae condictio competit vel doli exceptio agenti opponitur. Allein in dieser Stelle ist zunächst von keinem Rechtsirrthum die Rede. Wenn der Ausdruck *ignorantia* oder *error* simpliciter gebraucht wird, ist ignorantia oder error facti damit gemeint [8]). Papinian gibt die Regel: omnibus juris error in damnis amittendae rei non nocet [9]), und wenn man sie so allgemein versteht, wie sie lautet oder zu lauten scheint, würde sie auf diesen Fall anwendbar seyn; allein sie ist, wie wir hernach sehen werden, lange nicht so allgemein gültig, wie die Worte anzudeuten scheinen. Auf die Natur der Sache gesehen, ist kein zureichender Grund, zwischen beiden Fällen, da Jemand wider Verbindlichkeit etwas weggegeben und da er etwas bloß versprochen hat, zu unterscheiden. Indessen, nach römischen Ideen, spricht der Grundsatz, den die so eben angeführte Stelle des Codex bestätigt, dafür: Facilius possidenti exceptio, quam non possidenti actio datur [10]). Auch gibt es eine Stelle, welche die Ausleger hier nicht anzuführen pflegen, die aber wenigstens mehr be-

---

[7]) *Brunnemann* ad L. 2. D. de doli mali et metus exc. nr. 4.

[8]) L. ult. §. ult. D. L. 4. C. h. t. *Voorda* theses controversae, decas 1. §. 10.

[9]) L. 8. D. h. t.

[10]) *Voorda* c. l. §. 6.

weist, als die von ihnen angeführte. Diese Stelle rührt von Julianus her und sie kömmt insofern in Betrachtung, als darin ganz im Allgemeinen bemerkt wird, daß Jemand, welcher versprochen hat, was er bloß schuldig zu seyn glaubte, sich gegen den klagenden Gläubiger der exceptio doli bedienen, auch selbst auf Befreiung von der übernommenen Verbindlichkeit klagen kann, ohne daß dieß durch irgend einen Zusatz beschränkt oder ein Unterschied gemacht würde, ob er *per errorem* oder aus Rechtsunkunde versprochen hat [11]). Auffallend bleibt es jedoch immer, daß es keine einzige Stelle gibt, worin dieß auf den Fall der Rechtsunwissenheit und eines dadurch begangenen Versehens angewandt wäre, in Ansehung dessen doch die Zulässigkeit einer solchen Anwendung gar leicht in Zweifel gezogen werden konnte.

§. 9.
Die Regel, daß Unkunde und Irrthum schaden, gilt noch in anderen Fällen.

Bei der Frage, ob Unkunde und Irrthum des Rechts uns zu Gute gehalten werden, sondert, wie wir gesehen haben, das römische Recht zwei Hauptfälle von einander ab,

---

[11]) *L.* 2. §. 3. *D. de donat.* Aliud juris erit, si pecuniam, quam me tibi debere existimabam, jussu tuo spoponderim ei, cui donare volebas. Exceptione enim doli mali tueri me potero: et praeterea incerti condictione stipulatorem compellam, ut mihi acceptum faciat stipulationem. §. 4. *eod.* Item si ei, quem creditorem tuum putabas, jussu tuo pecuniam, quam me tibi debere existimabam, promisero: petentem doli mali exceptione summovebo. Et amplius incerti agendo cum stipulatore, consequar, ut mihi acceptum faciat stipulationem.

da wir nämlich positiven Schaden erlitten haben und da uns ein Gewinn oder Erwerb entgangen ist. Während nun in beiden Unkunde und Irrthum uns schaden, gibt es ausnahmsweise Fälle, da sie uns in beiden nützlich sind. Andere Fälle gibt es, da sie nur *in damnis* uns zu Statten kommen, während sie *in compendiis* uns schaden.

Allein daß sich alle Fälle, in denen die Regel zur Anwendung kömmt, auf diese beiden zurückführen lassen, daß sie alle entweder einen Gewinn betreffen, der uns entgeht, oder einen Schaden, den wir schon erlitten haben, möchte ich deshalb eben nicht behaupten. Die Regel ist allgemein ausgesprochen, ohne daß sie durch Hinzufügung von *lucrum* und *damnum* eingeschränkt wäre und wenn gleich das römische Recht in der Anwendung der Regel auf einzelne Fälle beides unterscheidet, ist damit nicht gesagt, daß diese beiden Fälle die Regel erschöpfen. Es sind nur die Hauptfälle, die sich auf lucrum und damnum zurückführen lassen.

Daß die Regel auch in anderen Fällen zur Anwendung komme, werden folgende Beispiele beweisen:

1) Zuvörderst kann hieher gerechnet werden ein Rechtsfall, den Papinian vorträgt und entscheidet.

Von Mehreren, die sich für dieselbe Schuld verbürgt haben, haftet bekanntlich jeder in solidum [1]), auch wenn sie sich nicht ausdrücklich in solidum verbindlich gemacht haben [2]). Es steht aber dem auf das Ganze belangten Bürgen die Wohlthat der Theilung zu; vermöge deren kann er verlangen, daß der Gläubiger die Klage theile. Ipso

[1]) §. 4. J. de fidejussor. | [2]) L. 3. C. eod.

jure ist die Verbindlichkeit nicht getheilt [3]). Gesetzt nun, es hat sich ein Mann neben einem Frauenzimmer verbürgt; hier haftet der Mann allein, während das Frauenzimmer, unter den Schutz des Senatusconsulti Vellejani gestellt, dem Angriff des Gläubigers Trotz bieten kann, — subducta muliere ille solus tenetur —. Papinian, der diesen Fall [4]) aufgibt und entscheidet, bemerkt: dabimus in solidum adversus *Titium* actionem, *cum scire potuerit et ignorare non debuerit*, mulierem frustra intercedere. Er vergleicht gleich darauf einen anderen Fall mit diesem, da nämlich neben einem Minderjährigen sich ein Volljähriger für dieselbe Schuld verbürgt hat und der Minderjährige wegen seiner Jugend in den vorigen Stand zurückversetzt wird; hat nun der Volljährige zu Anfange allein sich verbürgt, der Minderjährige sich erst in der Folge und nach ihm verbindlich gemacht, in diesem Fall haftet jener auch dann noch in solidum, wenn dieser der Pflicht eines Bürgen entledigt ist, — ohne Zweifel deshalb, weil er sich ohne Rücksicht auf den Mitbürgen, der erst in der Folge hinzutrat, in solidum verbürgt hat; — er muß nun die ganze Last einer Verbindlichkeit allein tragen, die er ohne Aussicht auf Hülfe und Theilnahme von Seiten eines Anderen allein übernommen hatte. Haben sich aber Beide zu gleicher Zeit verbürgt, dann haftet der Volljährige nur pro parte und zwar, wie Papinian bemerkt, *propter incertum aetatis et restitutionis*, und dieß will sagen, er konnte sich über das Alter des Mitbürgen irren und nicht vorhersehen, daß er in den vorigen Zustand werde

---

[3]) L. 26. D. de fidejussor.

[4]) in L. 48. pr. D. de fidejussoribus.

zurück versetzt werden; während in dem ersten Fall über das Geschlecht und die Ungültigkeit der Bürgschaft eines Frauenzimmers kein Zweifel Statt finden konnte, war in dem zweiten eine Täuschung leicht möglich und verzeihlich [5]). Es scheint aber, daß die ganze Entscheidung des Papinian nicht auf richtigen Gründen beruhte. Dem Bürgen, der in solidum verhaftet ist und der in solidum belangt werden kann, konnte es nicht zu Gute kommen, wenn der Mitbürge nicht verbindlich war oder gegen die Bürgschaft in den vorigen Stand zurückversetzt ward. Seine Verbindlichkeit blieb unverändert, was sie war, eine solidarische. Zwar steht einem Bürgen, welcher Mitbürgen hat, das beneficium divisionis zur Seite — und zwar ohne Unterschied, ob sie sich zu gleicher Zeit mit ihm oder früher oder später verbürgt haben, wie gerade diese Stelle des Papinian bestätigt, obgleich die Glossographen das Gegentheil behaupteten [6]) — aber es verstand sich von selbst, daß er

---

[5]) *Cujacii* obs. lib. 10. cap. 23. Die Stelle des Papinian lautet in ihrem ganzen Umfange so: *L.* 48. *pr. D. de fidejussor.* Si *Titius* et *Seja* pro *Maevio* fidejusserint, subducta muliere dabimus in solidum adversus *Titium* actionem: cum scire potuerit, aut ignorare non debuerit, mulierem frustra intercedere. §. 1. *eod* Huic similis et illa quaestio videri potest: ob aetatem si restituatur in integrum unus fidejussor, an alter onus obligationis integrum excipere debeat. Sed ita demum alteri totum irrogandum est, si postea minor intercessit, propter incertum aetatis ac restitutionis. Quod si dolo creditoris inductus sit minor ut fidejubeat, non magis creditori succurrendum erit adversus confidejussorem, quam si facta novatione circumvento minore desideraret in veterem debitorem utilem actionem sibi dari.

[6]) *Bachov.* ad *Treutlerum* vol. 2. disp. 28. thesis 5. lit. g.

von diesem beneficio keinen Gebrauch machen konnte, wenn die Mitbürgen nicht gehalten waren, eben so wenig, als er davon Gebrauch machen kann, wenn sie zur Zeit der Litiscontestation nicht solvendo sind. Ipso jure war er in solidum verbunden, er mußte erst durch Entgegensetzung des beneficii divisionis sich von der solidarischen Verbindlichkeit frei machen; und eben daher konnte ihm das beneficium in diesem Fall nicht zu Theil werden, weil kein Mitbürge vorhanden war, an den er den Gläubiger verweisen konnte, damit er ihn auf einen gleich großen Theil belange. Die Sache mußte also bleiben, wie sie war. Indessen sieht man wohl, daß Papinian beide Fälle ganz gleich behandelt; ihm ist es einerlei, ob Jemand ipso jure in solidum nicht haftet oder ob ihm die Wohlthat der Theilung zusteht. Vielleicht dachte er hier eben so, wie Paulus, welcher lehrt: Nihil interest, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur [7]). Indessen ganz gleich ist es doch nicht; es trifft nur in der Wirkung zusammen, und gleich war es auch hier nicht. Nach der Lehre des Papinian wird ohne den Gebrauch der Wohlthat der Theilung eine Wirkung hervorgebracht, die nur der Gebrauch derselben hervorbringen kann. Dieß ist nicht nur den Grundsätzen des Rechts, sondern auch der Vernunft zuwider. Papinian bestätigt hier die Wahrheit des Sprichworts, daß Niemand zu allen Stunden weise ist. Vielleicht sah er wohl, was Rechtens war, aber das Gefühl der Billigkeit trug hier über das strenge Recht den Sieg davon. Sollte dem Bürgen, der einen Minderjährigen zum Mitbürgen hat, schlechterdings geholfen werden, so konnte es

---

[7]) L. 112. D. de reg. jur.

es freilich nicht anders geschehen, als wenn beide Fälle, da Jemand ipso jure nur theilweise haftet und da er von der Wohlthat der Theilung Gebrauch macht, auf gleichem Fuß behandelt werden.

Hiervon abgesehen und auf den Grund zu kommen, weshalb die beiden Fälle, die Papinian hier einander gegenüber stellt und mit einander vergleicht, verschieden von ihm entschieden werden, dieser Grund bestand darin, daß in dem ersten Fall der Bürge, der sich zugleich mit einer Person weiblichen Geschlechts verbürgt hatte, sich in einem Irrthum des Rechts befand, wenn er sichere Rechnung darauf machte, daß sie einen Theil der Schuld tragen werde und dieser vermeidliche und verschuldete Irrthum konnte ihm nicht zu Gute kommen; in dem zweiten Fall war, nach der Meinung des Papinian, ein zu übersehender Irrthum in Ansehung der Thatsachen vorhanden. Aber, wenigstens, was das Alter betrifft, hält auch hier seine Ansicht die Prüfung nicht aus, weil es ja quaestio facti war, ob gerade dieser Bürge über das Alter des Mitbürgen in Unwissenheit war und ob er dabei auch guten Grund hatte, es zu seyn.

Wie es sich nun hiermit verhalten mag, so gehört doch dieser Fall, wo Jemanden Rechtsunkunde nicht zu Gute gehalten wird, nicht zu denjenigen, in welchen er Schaden an seinem bereits erworbenen Vermögen erlitten hat, wovon er etwas weggegeben hat, und eben so wenig gehört er zu denjenigen, in welchen ihm, der Rechtsunkunde wegen, ein Erwerb nicht zu Theil wird. Viel eher würde er zu den Fällen zu rechnen seyn, in welchen ihm eine Verminderung seines Vermögens noch bevorsteht und wenn die Regel, welche derselbe Papinian

gibt, die Rechtsunkunde schadet nicht in damnis *rei amittendae* [8]), so allgemein gültig wäre, wie sie lautet, so müßte dem Bürgen, der sich zugleich mit einer Person weiblichen Geschlechts verbürgt hat, der Rechtsunkunde ungeachtet, die Wohlthat der Theilung zu Gute kommen oder vielmehr, nach Papinian's Ansicht, er auch ohne sie nur zu seinem Antheil verhaftet seyn. Denn die Frage war ja, ob er nöthig habe, das Ganze wegzugeben oder nur einen Theil des Ganzen. Aber man sieht, daß jene Regel nicht allgemein gültig ist.

Es gibt noch mehrere andere Fälle, die weder unter dem Ausdruck: *in damnis*, noch *in compendiis* begriffen sind.

Dahin gehört nämlich:

2) wenn der Bürge, da er nicht wußte, daß er aus der Bürgschaft nicht verhaftet sey, den Gläubiger befriedigt hat. Hat er aus Unwissenheit des Rechts dieß Versehen begangen, so kann er das Bezahlte vom Hauptschuldner nicht wiederfordern, wohl aber, wenn es aus Unkunde der Thatsachen geschehen ist [9]). Hier ist ihm kein Erwerb entgangen, er hat noch keinen Schaden erlitten; den Schaden erleidet er erst dadurch, daß er vom Hauptschuldner nicht wiederfordern kann, was er für den Hauptschuldner verlegt hat. Weil er aus Rechtsunkunde gefehlt hat, kann er es nicht wiederfordern. Eben so kann

3) der Fall hieher gerechnet werden, da der Gläubiger, der dem Haussohn ein Gelddarlehn machte, ihn für einen Hausvater hielte. Hat er aus Irrthum der Thatsachen ihn für einen Hausvater gehalten, so steht ihm die Vorschrift

---

[8]) L. 8. D. h. t.

[9]) L. 29. §. 1. D. Mandati.

des Senatusconsulti Macedoniani nicht entgegen, wohl aber, wenn aus Irrthum in Ansehung der rechtlichen Grundsätze [10]). Auch hier ist ihm kein Gewinn entgangen, er hat auch keinen Schaden erlitten; ein solcher steht ihm erst bevor, wenn er die exceptio Senatusconsulti Macedoniani durch keine Replik entkräften kann. Eben so ist es

4) wenn Jemand aus Rechtsirrthum ein Geständniß abgelegt hat. Hat Jemand gestanden, daß die Klage gegründet, er dem Beklagten schuldig sey — von einem Geständniß dieser Art ist hier ohne Zweifel die Rede — und sich dadurch selbst verurtheilt, so ist es allerdings möglich, daß dabei ein rechtlicher Irrthum zum Grunde liegt [11]). Wäre das Geständniß aus Irrthum in Ansehung der Thatsachen hervorgegangen, so würde der Beklagte es widerrufen können. Allein, wenn der Irrthum aus Mangel an Kenntniß der Gesetze entsprungen ist, bleibt er daran gebunden [12]). Hier kann es nun wohl geschehen, daß Jemand, in Folge des Geständnisses und der Selbstverurtheilung, etwas von seinem Vermögen weggeben muß, aber in diesem Augenblick hat er noch nichts weggegeben, er hat also noch keinen Schaden erlitten; es steht ihm nur etwa ein solcher bevor.

§. 10.

Die Unwissenheit und der Irrthum des Rechts schaden uns nicht in damnis rei amittendae.

Die Unwissenheit und der Irrthum des Rechts sind uns, wie wir gesehen haben, zur Erlangung eines Erwerbs,

[10]) L. 3. pr. D. Ad Senatuscons. Maced.

[11]) S. den zweiten Theil dieses Werks Abhandl. 3. §. 1. S. 98.

[12]) L. 2. D. de confessis.

der uns hätte zu Theil werden können, nicht behülflich; eben so wenig sind sie zur Wiedererlangung eines solchen förderlich, wenn wir die Gelegenheit, die sich uns darbot, unser Vermögen zu vermehren, nicht benutzen wollten; sie kommen uns selbst nicht zu Hülfe, um einen positiven Schaden wieder einzubringen, den wir an unserm Vermögen erlitten haben. Hingegen scheint es, daß sie uns zu Statten kommen, wenn wir noch keinen Schaden erlitten haben, sondern nur erst die Rede davon ist, einen zu erleiden. — Hier komme ich nun auf die Frage, deren ich bereits früher und vorläufig erwähnt habe. — Papinian unterscheidet diese dreifache Art, wie der Rechtsirrthum in Hinsicht auf unser Vermögen sich äußern kann, das *damnum* oder den schon erlittenen Schaden, das *compendium* oder den Gewinn, der uns entgangen ist, und das *damnum rei amittendae*. Er lehrt: Error facti ne maribus quidem in damnis vel compendiis obest: juris autem error nec foeminis in compendiis prodest: Caeterum omnibus juris error in damnis amittendae rei suae non nocet [1]). Diese Stelle kann nicht den Sinn haben, daß wir, unter Berufung auf Rechtsirrthum, jeden uns noch bevorstehenden Schaden von uns abwenden können. Wollte man die Stelle so allgemein verstehen, so würde sie, wie wir gesehen haben, mit anderen Stellen, und nicht mit einer oder zweien, in offenbarem Widerspruch stehen. Der Sinn der Stelle kann nur seyn, daß wir eine Sache, die uns gehört, deshalb nicht verlieren, weil wir, aus Unbekanntschaft mit unserem Recht und zwar selbst aus einer solchen, die aus Rechtsunwissenheit oder Rechtsirrthum herrührt, eine

---

[1]) L. 8. D. h. t.

Zeit lang von unserem Recht keinen Gebrauch gemacht haben. Es würde also nur dasselbe seyn, was Papinian zwar in einem anderen Buch, aber doch in demselben Titel der Pandecten und sogar in der nächst vorhergehenden Stelle lehrt: — *juris ignorantia suum petentibus non nocet* [2]). Ein hieher gehöriges und von den Rechtsgelehrten bei dieser Gelegenheit angeführtes Beispiel findet sich in den Pandecten und zwar im zweiten Buch von Vermächtnissen in einer Stelle, die wiederum von Papinian herrührt. Ein Mann hatte sein Vermögen seiner Frau in der Art hinterlassen, daß es nach ihrem Tode seinen Freigelassenen zu Theil werden sollte. Sie erlaubte sich indessen, eine Verfügung darüber zu machen, wodurch der letzte Wille des Mannes durchkreuzt ward. Sie verordnete nämlich, daß nach ihrem Tode, neben den Freigelassenen des Mannes, auch die ihrigen den Nießbrauch davon haben sollten und jene, welche vermöge des Testaments des Mannes dessen hinterlassene Güter, der Substanz nach, als die ihrigen hätten betrachten können, begnügten sich, weil sie ihr Recht nicht kannten, eine lange Zeit hindurch mit dem ihnen von der Frau hinterlassenen Nießbrauch. Deshalb hatten sie nun ihr Recht auf die Substanz der Güter nicht eingebüßt [3]).

---

[2]) L. 7. D. h. t.

[3]) *L. 79. D. de leg. 2.* Quae fideicommissa moriens libertis viri debuit, eorundem praediorum suis quoque libertis fructum reliquit. Juris ignoratione lapsi, qui petere praedia ex mariti testamento debuerunt, secundum fideicommissum inter caeteros longo tempore perceperunt. Non ideo peremptam videri petitionem prioris fideicommissi constitit. Voorda nimmt an, daß vermöge dieser Stelle auch ein bloß persönliches Recht durch den Rechtsirrthum nicht gefährdet sey; denn zu

§. 11.
Von gewissen Personen, welche von der Regel: Ignorantia juris nocet, ausgenommen sind. Zuerst von Minderjährigen.

Es gibt gewisse Personen, denen ein Privilegium der Rechtsunwissenheit zusteht. Ihnen wird Unwissenheit zu Gute gehalten in Fällen, da andere Personen sich vergebens darauf berufen würden.

Dahin gehören namentlich Minderjährige, denen es erlaubt ist, die Gesetze nicht zu kennen; Minderjährigen wird Unwissenheit und Irrthum des Rechts in allen Fällen verziehen [1]). Er wird ihnen namentlich verziehen, wenn sie einen positiven Schaden erlitten haben, — also in damnis — und ihn wieder gut machen wollen; sie können daher, wenn sie aus Rechtsirrthum als Schuld bezahlt haben, was sie nicht schuldig waren, das Bezahlte zurückfordern [2]); — er wird ihnen auch verziehen, wenn sie einen Erwerb verschmäht oder vernachlässigt haben, wodurch sie ihr Vermögen hätten vermehren können [3]); — also in compendiis —

Papinian's Zeit hätten Fideicommißgüter noch nicht vindicirt werden können. Erst Justinian habe sie hierin den Vermächtnissen gleich gemacht. L. 2. C. Com. de leg. *Voorda* theses controv. Dec. 1. §. 4.

[1]) L. 9. pr. D. h. t.

[2]) *L.* 2. *C. Si adversus solutionem.* In debito legato licet per errorem juris a minore soluto, repetitionem ei decerni, si nec dum tempus, quo restitutionis tribuitur auxilium, excesserit, rationis est.

[3]) L. 2. C. h. t. *L.* 11. *C. eod.* Quamvis in lucro nec foeminis jus ignorantibus subveniri soleat: attamen contra aetatem adhuc imperfectam locum hoc non habere, retro, principum statuta declarant.

dieser Erwerb wird ihnen der Rechtsunwissenheit ungeachtet zu Theil oder sie kommen wieder in die Lage, ihn machen zu können. Man kann hier, glaube ich, im Allgemeinen sagen, der Rechtsirrthum leistet dem Minderjährigen dieselben Dienste, wie der Irrthum in Ansehung der Thatumstände dem Volljährigen. Der Minderjährige, welcher aus Unwissenheit oder Irrthum des Rechts Schaden oder Verlust erlitten hat, wird auf sein Begehren in den vorigen Zustand zurückversetzt. Daß Minderjährigen der Rechtsirrthum zu Gute gehalten wird und sie deshalb auf Wiederherstellung in den vorigen Zustand, wenn sie deren bedürfen, Ansprache machen können, ist bei ihnen nichts Besonderes, sondern, wie das Gesetz sich überhaupt schonend und nachsichtig gegen das jugendliche Alter erweist, wenn es durch Leichtsinn und Mangel an Erfahrung zu kurz gekommen ist, wendet es dieß namentlich auf jeden positiven oder negativen Nachtheil an, der in Unkunde des Gesetzes seinen Grund hat. Es wird hier nur der allgemeine gesetzliche Grund, daß man der Jugend zu Hülfe kommen müsse, wenn sie wegen ihrer Jugend zu Schaden gekommen ist, zu ihrem Besten geltend gemacht. Dieser allgemeine Grund begreift mehrere besondere unter sich und kann unter andern auch in Rechtsunwissenheit bestehen. Es würde dem Minderjährigen aber noch eben so zu Gute gehalten werden müssen, wenn er nicht aus Mangel an Kenntniß positiver Gesetze, sondern aus Mangel an Einsicht Schaden erlitten hätte [4]).

---

[4]) *C.* 12. §. 2. *Causa II. qu.* 4. Item ignorantia juris alia naturalis est, alia civilis. Naturalis omnibus adultis damnabilis est. Jus vero civile aliis permittitur ignorare, aliis non. Juris civilis ignorantia nemini obest in damno vitando, si negotium inde conti-

Von einer Restitution des Minderjährigen wird nur dann die Rede seyn können, wenn er einen positiven Schaden erlitten, oder, da er Gelegenheit hatte, sein Vermögen zu vermehren, auf das Recht dazu Verzicht geleistet hat. Hingegen wird es der Restitution nicht bedürfen, ja es wird gar nicht die Rede davon seyn können, wenn der Rechtsirrthum es nicht zuließ, daß er einen Erwerb dieser Art machen konnte oder vielmehr bei einem Volljährigen es nicht zugelassen haben würde. Denn bei dem Minderjährigen läßt auch ein Irrthum dieser Art den Erwerb zu und ist auch ein Irrthum dieser Art zum Erwerb behülflich. Es ist genug, daß er im Irrthum ist; zwar ist dieser Irrthum ein Rechtsirrthum, aber bei ihm findet auch ein Irrthum dieser Art Entschuldigung [5]).

§. 12.

Insonderheit vom Minderjährigen, welcher Doctor juris und aus Rechtsunkunde zu Schaden gekommen ist.

Zu den vielen Fragen, die im römischen Recht nicht berührt sind und in Ansehung deren die neueren Rechtsge-

---

gerit, ut si minor pecuniam dederit filiofamilias, repetit: in majore vero quasi delictum est.

[5]) Voorda nimmt an, Minderjährigen werde gleich Soldaten und Frauen gegen den Rechtsirrthum überhaupt *ipso jure* und ohne Restitution geholfen und will dieß aus L. 9. pr. D. h. t. herleiten, wo der Ausdruck *non laeduntur* vorkömmt, allein es kam hier darauf an, einen Ausdruck zu gebrauchen, der auch auf andere Personen paßte, die nicht restituirt werden, nämlich auf Frauenzimmer, von denen neben den Minderjährigen zuvor die Rede gewesen war. Uebrigens würde der Ausdruck: *Non laeduntur*,

lehrten Gelegenheit hatten, ihren Beruf zu dieser Kunst zu beweisen und ihr eigenes Licht leuchten zu lassen, gehört auch die, ob wohl ein Doctor juris, wenn er durch Rechtsunkunde beschädigt ist, auf die Wohlthat der Restitution Ansprache machen könne. Durch das Bedürfniß der Gerichte, bei denen Fälle dieser Art bisweilen vorzukommen pflegen, darauf geführt, haben die neueren Rechtsgelehrten jene Frage untersucht und sie dahin entschieden, er könne es nicht. Sie versagen dem Kaufmann diese Wohlthat, welcher in Sachen seines Gewerbes, dem Künstler und Handwerksmann, welcher in Sachen seiner Kunst durch Mangel an Kenntniß und Einsicht in diesem Fach zu Schaden gekommen ist, wobei sie jedoch zur Bedingung machen, daß er in die Zunft oder Innung aufgenommen und der Künstler die Meisterschaft gewonnen, *opifex magister* geworden ist [6]). Eben so pflegen sie auch dem *Doctor juris* die Restitution aus dem Grunde der Rechtsunwissenheit zu versagen [7]). Er könne freilich Restitution so gut, wie ein Anderer, begehren, wenn er in Dingen des gemeinen Lebens, überhaupt in solchen, die mit der Rechtswissenschaft nichts zu thun haben, aus Mangel an Kenntnissen oder Einsicht beschädigt sey, aber, wenn er aus Unwissenheit oder Irrthum in Ansehung des Rechts zu Schaden gekommen sey, dann habe er keine Ansprache darauf.

---

wenn er auch bloß von Minderjährigen gebraucht wäre, nichts beweisen. Denn nicht verletzen und die Verletzung wieder gut machen, könnte gar wohl als gleichbedeutend gebraucht seyn. Daß Minderjährige auch in diesem Fall der Restitution bedürfen, erhellt aus L. 2. C. Si adversus solutionem.

[6]) *Mev.* ad jus Lub. P. 3. tit. 6. art. 21. nr. 26. *Leyser* spec. 60. med. 8.

[7]) *Vinn.* quaest. jur. I. 10.

Nun scheint es auf den ersten Blick wohl gegründet zu seyn, daß Einer, der sich für einen Meister seiner Kunst ausgibt und öffentlich dafür erklärt ist, mit Recht nicht begehren könne, daß es ihm zur Erlangung gewisser Vortheile zu Gute gehalten werde, wenn es ihm an Kenntnissen oder Einsicht in diesem Fach gefehlt hat und er aus diesem Grunde übervortheilt ist. Leyser bemerkt in Hinsicht auf ähnliche Fälle, nämlich da ein Meister in einem gewissen Gewerbe oder einer gewissen Kunst in Sachen, die dahin einschlagen, aus Mangel an Einsicht Schaden gelitten hat: Qui artem publice profitetur et jus exercendi eam obtinuit, si quod per imperitiam suam damnum sentiat, sibi id imputare debet, nec restitutionem, salvo pudore, petere potest [8]). Gesetzt nun aber auch, der Minderjährige hätte mehr oder weniger Ursache, seines Fehlers sich zu schämen, so würde dieß doch immer kein Grund für den Richter seyn, ihm die Restitution zu versagen. Daß Jemand zum Doctor juris erklärt ist, kann ihn vor Rechtsirrthum nicht schützen, selbst dann nicht, wenn er auch nicht durch die Schuld derjenigen, die ihn dafür erklärt haben, unwürdig zu dieser Ehre gelangt seyn sollte. Sich zu irren, dieser Gefahr ist der Gelehrte und auch der Rechtsgelehrte eben so gut, wie der Ungelehrte, und vielleicht noch mehr, wie dieser, ausgesetzt. Wie oft geschieht es nicht, daß Leute mit ihrem natürlichen Verstande eine Sache richtiger entscheiden, als Gelehrte, die erst darüber nachdenken und indem sie Schlüsse auf Schlüsse häufen, auch wohl einen Fehlschluß begehen, der die ganze Kette verdirbt, oder denen doch sonst ihre unvollkommene Kenntniß hinderlich ist, die

---

[8]) *Leyser* spec. 60. med. 6 et 7.

Wahrheit zu erkennen, — denn unvollkommen sind die Wissenschaften noch alle und alle noch erst im Werden, und noch unvollkommener ist die Kenntniß, die der Einzelne, auch der Gelehrteste davon hat; das längste Leben reicht nicht hin, um auszulernen. — Während das natürliche Rechtsgefühl den Laien sicher leitet, sieht der Rechtsgelehrte sich genöthigt, erst bei sich zu überlegen, wie die Sache sich nach den erworbenen Kenntnissen (die vielleicht am Ende auch nichts sind, als worauf jeder Mensch von gesundem Verstande sogleich von selbst verfallen wäre, nur daß sie für den Rechtsgelehrten schwerer zu finden sind) gestaltet, ja erst die Fächer aufzusuchen, worin die Regeln zu finden seyn möchten, die hier anzuwenden sind — Fächer, die oft nicht so ganz leicht zu finden oder von anderen zu unterscheiden sind —; ängstlich muß er sich hüten, hier nicht und dort anzustoßen; ihm fallen die Zweifel ein, die sich bald von dieser, bald von jener Seite erheben; er weiß, wie die Meinungen der Rechtsgelehrten wechseln und sich ändern und um die Herrschaft kämpfen, wie in den Schulen Zwiespalt und Ungewißheit herrscht, neben der gemeinen Meinung sich gewöhnlich noch eine oder mehrere andere erheben und jene verdrängen, um wieder von anderen verdrängt zu werden, und wenn er sich nun auch sonst durch alle diese Klippen glücklich hindurch gefunden haben würde, macht vielleicht die Furcht, in eigener Sache mit Schimpf zu bestehen, daß er ängstlich und unsicher geht — und strauchelt. Die größten Rechtsgelehrten haben Irrthümer begangen; Cujacius, der seine Meinungen häufig änderte, — welches kein Tadel ist, da es vielmehr ein regsames Bestreben, die Wahrheit zu ergründen, andeutet — und Donellus sind nicht frei davon geblieben; Gerhard

Noodt konnte getäuscht werden und Anton Faber war nichts weniger, als unfehlbar. Die Schriften der Rechtsgelehrten sind voll von Irrthümern, welche die Rechtsgelehrten begangen, sich unter einander nachgewiesen oder wenigstens einander vorgeworfen haben, wobei denn doch nothwendig der Eine sich geirrt haben muß, wenn es nicht etwa Beiden begegnet ist. Besonders sind nun auch junge Leute der Gefahr ausgesetzt, Fehlgriffe zu thun. Wir alle wissen, daß die Wissenschaft eines jungen Gelehrten große Lücken zu haben pflegt und wenn es ihm auch an Kenntnissen nicht fehlt, kann es doch seyn, daß er davon eine unrichtige Anwendung macht, da er noch keine Gelegenheit gehabt hat, durch Uebung darin zur Fertigkeit zu gelangen und dieß älteren und größeren, ja den größten Meistern gleichfalls begegnet. Das Gesetz spricht nun einmal auch für diesen Minderjährigen, jenes Gesetz, welches das jugendliche Alter gegen das höhere in Schutz nimmt; es ist auch für Minderjährige geschrieben, welche Rechtsgelehrte sind. Es hat ihrer zwar nicht besonders gedacht; dessen bedurfte es aber nicht, genug, daß es sie nicht ausdrücklich ausgeschlossen hat, welches geschehen seyn müßte und auch geschehen seyn würde, wenn dieß die Meinung des römischen Rechts gewesen wäre, da bekanntlich bei den Römern an Rechtsgelehrten kein Mangel war. Mag auch der Minderjährige Tadel verdienen, daß er seine Kunst nicht besser verstand, so hat er sie doch in diesem Fall nicht besser verstanden; er ist aus Rechtsunkunde zu Schaden gekommen und wegen Schadens, den ein Minderjähriger wegen Unkunde und besonders wegen Rechtsunkunde erlitten hat, in lucris, wie in damnis, wird ein Minderjähriger restituirt. Man kann nicht einwenden, der Minderjährige leide den Schaden durch

eigene Schuld; dieß ist in anderen Fällen eben so und kommt nicht in Betrachtung. Das Gesetz verzeiht dem Minderjährigen die Schuld, wenn ihm nämlich nichts weiter zur Last fällt, als bloße Verschuldung; es verzeiht ihm namentlich diese Art von Schuld. Daß dieser Minderjährige in Sachen seines Fachs verletzt ist, kann seine Schuld vermehren, aber ihn der Wohlthat nicht unwürdig machen. Das Gesetz sieht nicht auf die Größe seiner Schuld; es sieht bloß auf seine Jugend. Am Ende ist es doch auch bei einem Minderjährigen dieser Art das Alter, was ihm zur Entschuldigung gereicht, indem er nämlich seine Kenntnisse und Fähigkeiten überschätzte, sich leichtsinnig um eine Würde bewarb, die ihm noch nicht zukommen konnte; oder sein Urtheil war noch nicht reif, weil der Verstand nicht vor Jahren kommt, oder er war unbesonnen zu Werke gegangen, hatte die Sache nicht gehörig, nicht lange genug überlegt, ein Rechtsgeschäft geschlossen, ohne sich mit den rechtlichen Grundsätzen vorher recht vertraut zu machen u. s. w.

Diejenigen, welche dem in Sachen seines Faches verletzten Minderjährigen die Wohlthat seines Alters versagen, scheinen mit sich selbst in Widerspruch zu stehen; denn sie lehren, daß es auf die Individualität des Minderjährigen nicht ankomme und auch demjenigen die Rechte des jugendlichen Alters zu Gute kommen, der zur Verwaltung seines Vermögens völlig geschickt, vorsichtig und behutsam ist; — und in der That kann es nicht darauf ankommen, wenn auch bei dem einzelnen Minderjährigen ausgezeichneter Verstand und Einsicht über seine Jahre angetroffen wird, da die Gesetze nicht für einzelne Fälle und einzelne Menschen

gegeben werden[9]); — nun gehört aber der Besitz von Rechtskenntnissen ebenfalls zu den individuellen Eigenschaften dieses Minderjährigen. Indessen behauptet Weber[10]), unter Berufung auf Jacob Voorda[11]), von dem fehlenden Grunde des Gesetzes sey auf die Unanwendlichkeit desselben zu schließen, wenn nach der Beschaffenheit des gegenwärtigen Falls die ganze Absicht des Gesetzgebers wegfällt. Wenn ein Minderjähriger als Meister einer gewissen Kunst gehandelt habe, so falle der Grund des Gesetzes weg, nicht, weil gerade dieser Minderjährige von der jugendlichen Flüchtigkeit eine Ausnahme mache, sondern weil der Handel sich auf ein bürgerliches Verhältniß beziehe, wobei eine ganz andere Regel eintritt, als diejenige, worauf die allgemeinen Gesetze von Geschäften solcher Personen sich gründen. Dürfe der Minderjährige eine gewisse Kunst öffentlich treiben, so würde sich die Legislation widersprechen, wenn sie ihm auf der anderen Seite in Ansehung eines solchen Gewerbes die erforderliche Einsicht und Kenntniß nicht zutrauen wollte.

Das glaube ich allerdings auch, daß die Gesetzgebung mit sich selbst in Widerspruch stehen würde, wenn sie dem für einen Meister erklärten Individuo Kenntniß und Einsicht in seinem Fache nicht zutrauen wollte; aber es scheint mir fast, als wenn dieß ein Umstand sey, worauf es hier überall nicht ankömmt. Wenn der Staat Jemanden nach angestellter Prüfung für einen Meister in seinem Fach erklärt hat, oder es wenigstens zuließ, daß er dafür erklärt ward, so folgt daraus, daß er ihm Kenntnisse und

---

[9]) L. 4. D. de leg. L. 8. D. eod.

[10]) Von der natürlichen Verbindlichkeit §. 64.

[11]) Interpret. et emendat. Lib. 1. cap. 1.

Einsichten in diesem Fache zutrauen müsse; aber weiter folgt daraus nichts. Es folgt daraus nicht, daß sich dieß Vertrauen in jedem einzelnen Fall bewähren müßte und wenn es sich nicht bewährt, daß dem Meister nicht die Wohlthaten zu Gute kommen sollten, die das Gesetz ihm nicht als einem Meister weder bewilligt, noch versagt, sondern die es ihm als einem Minderjährigen beigelegt hat, der es ungeachtet seiner Meisterschaft geblieben ist und der auf die Wohlthaten Ansprache zu machen hat, wenn er aus Mangel an Kenntniß oder Einsicht zu Schaden gekommen ist, wie hier nun, der Voraussetzung zufolge, wirklich der Fall ist.

Obwohl nun die angeführten Gründe von solcher Stärke zu seyn scheinen, daß sie völlig ausreichen zum Beweise des Satzes, wofür sie angeführt sind, so wüßte ich noch wohl einen Grund anzuführen, der alle übrigen unnöthig machen könnte und den ich mir bis zuletzt aufgespart habe, gleich einem Feldherrn, der seine vorzüglichsten Streitmittel anzuwenden verschiebt, um mit ihnen, wenn der Feind schon vom langen Kampf ermüdet und geschwächt ist, den letzten entscheidenden Angriff zu machen. Der besondere Grund, wodurch der Minderjährige zu Schaden gekommen ist, kömmt hier eigentlich gar nicht in Betrachtung; der Minderjährige hat nicht nöthig, sich darauf zu berufen; genug, daß er minderjährig war. Die Minderjährigkeit selbst gibt den Grund an die Hand, weshalb der verletzte Minderjährige verlangen kann, daß er in den vorigen Zustand zurückversetzt werde, falls man ihm nicht beweisen kann, daß er durch dolus der Wohlthat unwürdig sey. Von Allen, die in Ansehung des Rechts unwissend oder im Irrthum waren, wird bloß dem

Minderjährigen die ignorantia juris *naturalis* zu Gute gehalten und dieser Umstand zeigt deutlich an, daß es bei ihm auf den besonderen Grund, wodurch er beschädigt ist, nicht ankomme und bloß das Alter in Betrachtung gezogen wird. Der Minderjährige kann sich also darauf beschränken, sich auf seine Minderjährigkeit zu beziehen. Er hat gar nicht nöthig, zu sagen, ich bin durch Unwissenheit oder Irrthum in meinem Fach zu Schaden gekommen, ich kannte z. B. das Gesetz nicht oder ich irrte mich in der Anwendung des Gesetzes und habe darin den und den Glossographen u. s. w. zum Vorgänger gehabt — an Vorgängern wird es hier niemals fehlen — er kann sich also die Scham ersparen; eben so wenig hat er in diesem Fall nöthig, seine Schande zu bekennen, wie er nöthig hat, zu sagen, ich war unerfahren, oder leichtsinnig, oder unverständig, oder unbesonnen, ich handelte wie ein Thor, ohne Ueberlegung, übereilte mich, war zu hitzig u. s. w. Es ist zwar leicht möglich, daß im Lauf des Prozesses diese Saite berührt wird, aber der Minderjährige hat, glaube ich, nicht einmal nöthig, sich darauf näher einzulassen. Im Allgemeinen lehrt Paulus, was ganz entscheidend für jeden Minderjährigen spricht:

> *ubi non est delictum*, sed juris ignorantia, *non laeduntur* (minores) [12]).

Im Grunde ist das einzige Erhebliche, was gegen den Minderjährigen angeführt werden kann, daß seine Schuld größer ist, als diejenige eines anderen Minderjährigen, wenn er, selbst ein Rechtsgelehrter, in rechtlichen Dingen, — er, der Meister, in Sachen seines Fachs aus Unwissenheit oder

---

[12]) L. 9. pr. D. h. t.

oder Irrthum verletzt ist; aber, da die Größe der Schuld nach dieser Stelle überall nicht in Betrachtung kommen kann, so folgt schon daraus sonnenklar, daß die Rechtsgelehrten — die aufgeworfene Frage nicht richtig entschieden haben.

§. 13.

Fortsetzung.

Soldaten; das Frauenzimmer; Personen, die das Land bauen.

Zu den Personen, denen ein allgemeines Privilegium der Rechtsunwissenheit beigelegt ist, werden auch Soldaten gerechnet und diese bedürfen nicht der Restitution [1]).

Eben so wenig bedarf ihrer das Frauenzimmer, welchem die Rechtsunkunde nur bisweilen zu Gute gehalten wird, nämlich wenn es dadurch einen Schaden erlitten hat, den es wieder gut machen will — in damnis — nicht aber, wenn von einem Gewinn die Rede ist, der ihm entgangen ist, — also nicht *in compendiis* [2]). Selbst *in damnis* wird ihm die Rechtsunkunde nicht überall zu Gute gehalten, sondern nur in einzelnen Fällen und zwar in denjenigen, in welchen das Gesetz es besonders bestimmt

---

[1]) L. 9. §. 1. D. L. 1. C. h. t. L. ult. pr. C. de jure deliberandi.

[2]) L. 3. C. h. t. *L.* 11. *C. h. t.* Quamvis in lucro nec foeminis jus ignorantibus subveniri soleat: attamen contra aetatem adhuc imperfectam locum hoc non habere, retro, principum statuta declarant. *L.* 8. *D. h. t.* Error facti ne maribus quidem in damnis vel compendiis obest. Juris autem error nec foeminis in compendiis prodest. Caeterum omnibus juris error in damnis amittendae rei suae non nocet.

hat [3]). Besonders kommt ihm Rechtsunkunde zu Statten, wenn es sich gegen die Vorschrift des Senatusconsulti Vellejani verbürgt und weil es sich für verbunden hielt, den Gläubiger befriedigt hat. Hier kann die bezahlte Nichtschuld zurückgefordert werden [4]). Hat das bürgende und zahlende Frauenzimmer gewußt, wie es gegen die Ansprache des Gläubigers durch das Gesetz geschützt und aus der Bürgschaft nicht gehalten sey, so fällt das Recht der Zurückforderung hinweg, nach der Regel, welche Paulus an die Hand gibt: Cujus per errorem dati repetitio, ejus consulto dati donatio est [5]).

Endlich pflegen zu den Personen, welchen die Unkunde des Rechts zu Gute gehalten wird, auch die Bauern gerechnet zu werden.

Wenn wir zuvörderst vom römischen Recht hinwegsehen, so scheint kein Grund zu seyn, weshalb man gerade

---

[3]) *L. ult. C. h. t.* Ne passim liceat mulieribus omnes suos contractus retractare, in his, quae praetermiserint, vel ignoraverint, statuimus, si per ignorantiam juris damnum aliquod circa jus vel substantiam suam patiantur, in his tantum casibus, in quibus praeteritarum legum auctoritas eis suffragatur, subveniri. *Voet* ad h. t. Dig. §. 3. *Bav. Voorda* theses controv. Dec. 1. §. 7. *Hofacker* princ. jur. civ. tom. 1. §. 203. Dergleichen ausgenommene Fälle sind enthalten: L. 1. §. 5. D. de edendo. L. 2. §. fin. D. de jure fisci. L. 8. §. 2. D. Qui satisdare cog. L. 25. §. 1. D. de probat. L. 15. §. 5. D. Ad. Legem. Corn. de falsis.

[4]) *L. 9. C. Ad. SCtum Vellej.* Quamvis mulier pro alio solvere possit, tamen, si praecedente obligatione, quam S. C. de intercessionibus efficacem esse non sinit, solutionem fecerit, ejus S. C. beneficio munitam se ignorans, locum habet repetitio.

[5]) L. 53. D. de reg. jur. *Brunnemann* ad L. 9. C. Ad. SCtum Vellej.

Leuten, die das Feld bauen, wie etwa, wegen ihrer geringeren Einsicht den Weibern, zu Hülfe kommen sollte. Nach dem Urtheil eines competenten Richters sind sie in Rechtsangelegenheiten sogar gewitzigter, wie die Städter [e]), und auf allen Fall würden sie die Rechtsgelehrten so gut, wie diese, fragen können, und wenn sie es in einzelnen Fällen nicht könnten, würden sie zu entschuldigen seyn, nicht, weil sie Bauern waren, sondern, weil ihnen die copia jurisconsulti fehlte. Sollte ihnen die Rechtsunkunde zu Gute gehalten werden, so konnte es nur Begünstigung eines Standes seyn, der die übrigen ernährt und schützt, auf dem die Last des Staats vor Anderen schwer zu ruhen pflegt, und besonders konnten nur diejenigen diese Begünstigung verdienen, die den Boden für Andere bauen und die schlecht genährt, schlecht bekleidet, in dürftiger Wohnung, von Arbeit und Sorgen niedergedrückt, von Anderen nicht sonderlich geachtet, auch wohl geplagt, gedrückt, gemißhandelt, ihres Lebens nicht froh werden und es nur für Andere zu haben scheinen.

Was nun das römische Recht betrifft, so hat dasselbe den Bauern kein allgemeines Privilegium der Rechtsunkunde beigelegt, was auch die Rechtsgelehrten nicht behaupten. Nur in einzelnen Fällen wird ihnen, wie die Rechtsgelehrten sagen, nicht aber in allen, die Unkunde des Rechts verziehen. Und so ist es auch. Die römischen Gesetze beweisen gegen sie, wenn sie aus Rechtsunkunde gefehlt haben, in einigen Fällen einige Nachsicht. Es gibt, meines Wissens, nur zwei Stellen, worin ihnen eine

---

[e]) Garve über den Charakter der Bauern, in dessen vermischten Aufsätzen, 1. Theil, S. 46 folg.

solche Nachsicht zu Theil wird [7]). Von diesen Stellen scheint die eine sogar [8]) anzudeuten, daß ihnen Rechtsunkunde überhaupt verziehen wird; allein, daß dieß doch die Meinung des römischen Rechts nicht gewesen sey, geht unter anderen schon daraus hervor, daß in dieser Stelle von dem Frauenzimmer ganz auf dieselbe Art, wie von den Bauern geredet wird, da doch Bauern noch weniger begünstigt sind, wie selbst das Frauenzimmer. Auch wird in dem Titel der Pandecten und des Codex, die von der Rechtsunkunde ex professo handeln, ihrer mit keiner Sylbe gedacht. Von Minderjährigen, von Soldaten, von Weibern ist die Rede; von diesen wird gelehrt, daß ihnen Rechtsunkunde und Rechtsirrthum theils im Allgemeinen, theils in einzelnen Fällen verziehen wird; in Ansehung der Bauern herrscht tiefes Schweigen. Besonders ist auch nirgends gesagt, daß sie, wenn sie aus Rechtsunkunde als Schuld getilgt haben, was sie nicht schuldig waren, das Bezahlte zurückfordern können; sie haben nur nicht nöthig, zu beweisen, was der Regel nach der Kläger beweisen muß, der aus Irrthum bezahlt hat, was er nicht schuldig war oder

---

[7]) L. 1. §. ult. D. de edendo und L. 2. §. 7. D. de jure Fisci. Es wird zwar noch an einigen anderen Stellen die rusticitas neben der imperitia berücksichtigt: L. 7. §. 4. D. de jurisdict. L. 2. §. 1. D. Si quis in jus vocat. L. 3. §. 22. D. de Senatuscons. Silaniano; allein mit dieser rusticitas, wovon hier die Rede ist, scheint es sich auf den Stand nicht zu beziehen, sondern auf die sittliche Natur des Einzelnen. Es wird darunter etwas verstanden, was auch einer, der kein Landmann ist, an sich haben kann und der Landmann vielleicht nicht an sich hat.

[8]) L. 2. §. 7. D. de jure Fisci.

mehr, als er schuldig war, daß er nicht schuldig gewesen sey *).

Sieht man endlich die Sache aus dem Standpunkt des Gesetzgebers an, so sollte der gute Gesetzgeber, wenn er einer gewissen Klasse von Personen die Rechtsunkunde in einigen Fällen zu Gute hält, sie ihnen auch in anderen nicht schädlich seyn lassen. Entweder in allen Fällen Nachsicht, wenigstens in allen Fällen einer gewissen Art — oder gar keine. Diese Befolgung des Rechtssatzes in einigen Fällen und wiederum diese Beiseitsetzung desselben in anderen, zeigen deutlich an, daß die Gesetzgebung in dieser Sphäre von keinen festen Grundsätzen ausging.

§. 14.

Unwissenheit und Irrthum in Ansehung der Thatsachen.

Wir kommen jetzt auf die Kenntniß der Thatsachen und diese ist als eine historische ganz anderen Regeln unterworfen, als die Kenntniß und Einsicht, welche gesetzliche Wahrheiten zum Inhalt hat. Zwar kann man auch die Satzungen des bürgerlichen Rechts nur durch die Erfahrung wissen; allein dieß ist ein Feld von einem beschränkten Umfange und wir können es, zumal mit Hülfe Anderer, nach allen

*) Daß Jemand beweisen muß, er sey nicht schuldig gewesen, rührt daher, daß die Vermuthung gegen ihn streitet. Es ist nicht wahrscheinlich, daß Jemand zahlt, was er nicht schuldig war. Et ideo eum, qui dicit, indebitas solvisse, compelli ad probationem, quod per dolum accipientis vel aliquam justam ignorantiae causam indebitum ab eo solutum etc. L. 25. D. de probat.

Richtungen ausmessen. Allein, wie soll man alle die unzähligen Ereignisse kennen, die in der Welt bereits geschehen sind oder noch jetzt geschehen, indem jeder Augenblick deren neue hervorbringt? Dieß ist eine Forderung, die man an keinen Menschen machen kann, dem man schon genug zumuthet, wenn man von ihm verlangt, daß er Rechtskenntniß und Rechtseinsicht haben und Irrthümer vermeiden soll. Oder soll man wenigstens einzelne Ereignisse kennen? Dann frägt es sich, welche? Die einen würden so gut ein Recht darauf haben, von uns gekannt zu werden, wie die anderen und es käme also darauf zurück, daß man alle kennen müsse — oder keine. Vielleicht soll man diejenigen kennen, die bei unserem Leben, in unserer Nähe, sich zugetragen haben. Dann frägt es sich, wie weit soll es sich hiermit erstrecken? Aber, selbst um nur dieser Forderung gehörig zu genügen, müßte man die Gabe besitzen, die Zukunft vorher zu sehen, auch wohl noch nebenher, an mehreren Orten zugleich zu seyn, wenigstens würde man ohne sie, wenn sich nicht etwa der Zufall ins Mittel gelegt hätte, nur eine unvollkommene und unsichere Kenntniß aus den Berichten Anderer haben können.

Was nun das römische Recht über Unwissenheit und Irrthum in Ansehung der Thatsachen für einen allgemeinen Grundsatz aufstellt, ist bereits bemerkt. Bei dieser Art von Unwissenheit oder Irrthum gilt gerade das Gegentheil von dem, was von der Rechtsunkunde und dem Rechtsirrthum gilt. Die Unkunde und der Irrthum in Ansehung der Thatsachen wird dem Unwissenden oder Irrenden der Regel nach zu Gute gehalten. Und zwar, je nachdem er über die Thatsache selbst oder nur über die Umstände der Thatsache unwissend oder im Irrthum gewesen, entweder in totum

oder in tantum [1]). Die Unwissenheit und der Irrthum in Ansehung der Thatsachen schaden uns so wenig, daß sie uns vielmehr nützlich sind. Sie verhelfen uns bei der Usucapian zu einem Gewinn, den wir ohne sie nicht hätten machen können [2]). Sie kommen uns zu Gute, damit wir einen Erwerb machen können, den wir, durch sie veranlaßt, versäumt oder verschmäht hatten. Sie sind uns dienlich, um einen Schaden, den wir durch sie erlitten haben, wieder gut zu machen. So kann, wer als Schuld bezahlt hat, was er nicht schuldig war, das Bezahlte zurückfordern, wenn er sich aus Irrthum der Thatsachen für schuldig gehalten hat [3]). Daher ist namentlich demjenigen, welcher mit Anderen im Testament zu einer Erbschaft berufen, die ihm ohne Testament ganz gebührte, in der Meinung, das Testament sey gültig, die Erbschaft mit den Miterben getheilt hat, erlaubt, wenn sich in der Folge ergibt, daß dieses Testament mit Fehlern behaftet ist, die es ungültig machen, die Erbschaft ganz sich zuzueignen und was er den vermeintlichen Miterben davon überlassen hat, zurück zu fordern [4]). So bindet ferner ein Geständniß nicht, was auf Irrthum der Thatsachen beruht und kann bis zum Beschluß

---

[1]) *Brunnemann* ad L. 1. D. h. t.

[2]) L. 4. D. h. t.

[3]) L. 6. L. 10. L. h. t. L. 22. pr. D. de cond. indebiti. L. 6. L. 7. C. eod. L. 19. §. 6. D. Locati.

[4]) *L. 4. C. h. t.* Si post divisionem factam, testamenti vitium in lucem emerserit: ex his, quae per ignorantiam confecta sunt, praejudicium tibi non comparabitur. Ostende igitur hoc apud Correctorem, virum clarissimum, amicum nostrum, testamentum vel fide veri deficere, vel juris ratione stare non posse: ut infirmata scriptura, quae testamenti vice prolata est, solidam successionem obtineas.

der Sache widerrufen werden [5]). Wir verlieren auch das Eigenthum einer Sache nicht, die wir aus Irrthum weggegeben haben [6]). Kurz, die Unkunde und der Irrthum in Ansehung der Thatsachen schaden weder *in lucris* noch *in damnis* und auch in anderen Fällen nicht.

Aber nicht immer kommen Unwissenheit und Irrthum dem zu Statten, der dadurch gewisse Vortheile erlangen oder Schaden wieder gut machen will.

Grobe oder aus der höchsten Sorglosigkeit hervorgegangene Unwissenheit wird Niemanden zu Gute gehalten [7]). Es ist zwar nicht nöthig, daß man, gleich einem Späher, mit ängstlichem Bemühen zu erforschen suche, was Andere thun oder treiben — *delatoria curiositas* ist, nach Ulpians Ausdruck, nicht erforderlich; — auf der anderen Seite soll man aber auch nicht gleichgültig gegen Alles, sorglos in den Tag hinein leben — kein *homo deperditus* und *nimium securus* seyn [8]).

---

[5]) *L.* 5. *C. h. t.* Cum falsa demonstratione mutari substantia veritatis minime possit: respondeo id, quod paternum erat, ex maternis esse bonis, nihil egisti. *L.* 7. *C. eod.* Error facti, nedum finito negotio, nemini nocet. Nam causa decisa velamento tali non instauratur.

[6]) *L.* 35. *D. de acq. rer. dom.* Si procurator meus vel tutor pupilli rem suam quasi meam, vel pupilli, alii tradiderint, non recessit ab eis dominium, et nulla est alienatio: quia nemo errans rem suam emittit.

[7]) *L.* 15. §. 1. *D. de contrah. emt.* Ignorantia emptori prodest, quae non in supinum hominem cadit.

[8]) *L.* 3. §. 1. *D. h. t.* Sed *Cassius* ignorantiam supinam ita accipiendam existimasse refert, non deperditi, et nimium securi hominis. *L.* 6 *D. eod.* Nec supina ignorantia ferenda est factum ignorantis: ut nec scrupulosa inquisitio exigenda: scientia enim

Man braucht eben nicht Alles zu wissen, was nur dieser oder jener, vielleicht Niemand, weiß, aber, was Alle wissen, nicht zu wissen, ist unverzeihlich. Ueberhaupt soll man nicht eben der Neugierigste seyn, aber auch nicht der Sorgloseste, sondern sich (etwa, wie Engels Tobias Witt) zwischen beiden in der Mitte halten [9]).

§. 15.

Fortsetzung.

Man kann auch unwissend oder im Irrthum seyn in Ansehung dessen, was man selbst gethan hat oder was einem selbst begegnet ist. Die Unwissenheit, wenn sie Thatsachen betrifft, hat es entweder mit eigenen Handlungen zu thun oder mit fremden, sie ist also entweder *ignorantia facti proprii* oder *alieni*. In Ansehung der letzteren stellt Neratius den Grundsatz auf: In *alieni* facti ignorantia tolerabilis error est [1]). Und so möchte man nun durch ein argumentum a contrario glauben, daß die ignorantia facti *proprii* kein error tolerabilis sey. Und die Rechtsgelehrten haben es geglaubt. Allein, das folgt daraus gar nicht; es war nur gerade in den Beispielen, die Neratius vorher anführte, von einem facto alieno die Rede gewesen. Auch wird jene Regel an keinem anderen

---

hoc modo aestimanda est, ut neque negligentia crassa, aut nimia securitas, satis expedita sit, neque delatoria curiositas exigatur.

[9]) *L.* 9. §. 2. *D. h. t.* Sed facti ignorantia ita demum cuique non nocet, si non ei summa negligentia objiciatur. Quid enim, si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat? Et recte *Labeo* definit, scientiam neque curiosissimi, neque negligentissimi hominis accipiendam: verum ejus, qui eam rem diligenter inquirendo notam habere possit.

[1]) L. 5. §. 1. D. Pro suo.

Ort gefunden und namentlich kommt sie da nicht vor, wo ex professo von ignorantia und error gehandelt wird; vielmehr würde die ignorantia facti proprii unter der ignorantia facti begriffen seyn, also auch unter der ganz allgemein lautenden Regel:

Facti ignorantia non nocet.

Es sind nur unsere Rechtsgelehrten, welche unter der ignorantia facti proprii und alieni zu unterscheiden pflegen; im römischen Recht habe ich eine solche Entgegensetzung nicht gefunden. Unsere Rechtsgelehrten pflegen den Grundsatz aufzustellen, daß die ignorantia facti proprii uns, der Regel nach, schade und nur ausnahmsweise aus besonderen Gründen sie uns verziehen werde. Zu solchen Ausnahmen sollen gehören alte oder verwickelte, oder nicht besonders merkwürdige Handlungen; auch gewisse Personen sollen Entschuldigung finden, nämlich die mit Geschäften überladen sind oder sich Anderer als Mittelspersonen bedienen, alle aber, wenn sie einen Schaden von sich abwenden wollen. Zu den verwickelten Sachen werden namentlich Rechnungssachen gerechnet. Die Vergessenheit alter Sachen soll dann keine Entschuldigung finden, wenn die Begebenheit besonders merkwürdig war. Alle diese Ausnahmen von einer Regel, die nicht existirt, fand ich nirgends und noch weniger Ausnahmen von den Ausnahmen [2]). Im Gegentheil finde ich, daß Pomponius in einem Fall, in welchem von Unwissenheit oder Irrthum in Ansehung der Thatsachen gehandelt wird, den Irrthum ohne Weiteres verzeihlich fand und nicht

---

[2]) S. *Brunnemann* ad L. 3. D. h. t. *Eckelt* pandectar. tractatio h. t. §. 2.

den allergeringsten Anstoß daran nahm, daß von eigenen Handlungen, in Ansehung deren der Irrthum begangen ward, die Rede war [3]).

In der That muß uns auch die ignorantia facti proprii, wenn die Kenntniß wirklich fehlte, eben so sehr, wie die ignorantia facti alieni zu Gute gehalten werden, ja, ich möchte sagen, im Allgemeinen noch eher, noch uneingeschränkter; denn man kann Jemanden doch noch eher zumuthen, er soll auf dasjenige merken, was um ihn her vorgeht, als man von ihm verlangen kann, er soll das, was er gethan hat oder ihm begegnet ist, treu im Gedächtniß behalten. Das Erlöschen der Vorstellungen ist keine Aeußerung unserer Willkühr, sondern erfolgt nach uns unbekannten Gesetzen von selbst. Das Gedächtniß der Menschen behält nun einmal nicht alle die Eindrücke, die es durch die Sinne empfangen hat, sondern, wie es täglich neue in sich aufnimmt, verliert es auch täglich früher empfangene wieder. Hier ist ein beständiger Wechsel von Einnahme und Ausgabe. Auch das glücklichste Gedächtniß bewahrt nicht Alles, was ihm anvertraut ward, sondern im Verlauf der Zeit verschwindet es, je nachdem der Eindruck lebhafter war oder die Vorstellung willkührlich oder nach den Gesetzen der

---

[3]) Also lehrt Pomponius: *L.* 22. *pr. D. de cond. indebiti.* Sed et si me putem tibi aut *Titio* promisisse, cum aut neutrum factum sit, aut *Titii* persona, in stipulatione comprehensa non sit, et *Titio* solvero, repetere a *Titio* potero. S. auch *L.* 15. §. 2. *D. de contrah. emt.* Si rem meam mihi ignoranti vendideris, et jussu meo alii tradideris, non putat *Pomponius*, dominium meum transire, quoniam non hoc mihi propositum fuit, sed quasi tuum dominium ad eum transire. Et ideo etiam si donaturus mihi rem meam, jussu meo, alii tradas, idem dicendum erit.

Ideenverknüpfung erneuert ward u. s. w, früher oder später und am Ende so völlig, daß, wenn etwa ein Anderer bei der Handlung zugegen war und sie besser im Gedächtniß behalten und uns nun daran erinnert, wir es kaum glauben wollen, daß wir diese Handlung vornahmen oder so etwas uns begegnet sey, es wohl gar bestreiten und daß der Andere sich irren müsse, vermeinen, weil wir davon nichts wissen. Es kommen auch Fälle vor, wo das Gedächtniß die Vorstellungen von dem Geschehenen treu bewahrt hat, aber es haben sich andere und falsche eingeschlichen und mit jenen, als gehörten sie dazu, ohne daß wir es ahnen, vermischt. Der Gedächtnißfehler ist nicht immer reines Vergessen [4]). Ich will nicht sagen, daß es nicht möglich seyn sollte, dem error memorialis, von welcher Art er auch seyn mag, entgegen zu wirken, allein welche Veranlassung haben wir dazu und auf allen Fall welche Verbindlichkeit? [5]) Das Nichtwissen oder Irren in Ansehung dessen, was wir selbst gethan oder uns selbst begegnet ist, ist nicht einmal immer Schuld des Gedächtnisses; es kann auch daher rühren, daß schon bei der Wahrnehmung selbst sich ein Irrthum eingeschlichen hat, weil wir bei der Wahrnehmung durch unsere Sinne irre geleitet wurden, z. B. falsch hörten oder auf irgend eine Art in der Aufmerksamkeit gehindert oder gestört wurden, vielleicht, weil wir mit anderen Gedanken sehr lebhaft beschäftigt waren, nicht aufmerksam genug waren, so daß wir also gleich

Anfangs

---

[4]) S. Krug phil. Lexic. unter dem Wort: „Gedächtnißfehler."

[5]) Im Fall Jemand etwas zu einer gewissen Zeit zu thun verbunden ist, kann ihn freilich das Vergessen nicht entschuldigen.

Anfangs keine gehörige Kenntniß erlangt haben; indessen würde doch auch diese Art von Unwissenheit unter der ignorantia facti, welche die Gesetze verzeihen, begriffen seyn. Es ist möglich, daß vielleicht einzelne Fälle der ignorantia facti proprii zur ignorantia supina gerechnet werden können, aber ich glaube es kaum; ich glaube wenigstens, daß auch das Beispiel, welches die Rechtsgelehrten als das gröbste von allen anzuführen pflegen, da Jemand seinen eigenen Namen vergessen hat, wenn es vorkommen sollte, noch verzeihlich seyn würde. Denn was kann man denn am Ende dafür, wenn einem das Gedächtniß einen solchen Streich spielt? Die ignorantia facti proprii ist also eben so verzeihlich, wie die ignorantia facti alieni — und wenn sie es auch weniger wäre, genug sie ist verzeihlich. Jeder wird auch geneigt seyn, sie zu verzeihen, da er sehr wohl weiß, daß er bei der nächsten Gelegenheit in den Fall kommen kann, die Nachsicht, die er gegen den Anderen ausübt, selbst nöthig zu haben. Darin kommen beide überein, daß beide verzeihlich sind; aber die ignorantia facti proprii ist nicht eben so glaublich und wenn Jemand Gründe anführt, wie es gekommen sey, daß er von einer Handlung, die er selbst vorgenommen oder einer Begebenheit, die ihm selbst begegnet ist, nicht gewußt habe, so wird dieß mehr nöthig seyn, um die Wahrheit seiner Behauptung zu bestätigen, als es nöthig seyn wird, ihn zu entschuldigen. Der Unterschied zwischen beiden liegt mehr im Beweise, als daß er in der Sache selbst liegen sollte und der Gegner würde auch in Ansehung des facti alieni beweisen müssen, daß er sich desselben nicht mehr erinnert habe, wenn er zugestanden hätte, daß er früherhin Kenntniß davon gehabt habe. Bei eigenen Handlungen liegt es in der Natur der-

selben, daß wir von ihrem Werden und Daseyn Kenntniß erlangen, während wir bei fremden nur unter besonderen Umständen davon unterrichtet werden.

Die oben angeführten Umstände, wodurch, nach der Lehre der Alten, die Unwissenheit oder der Irrthum in Ansehung eigener Handlungen entschuldigt werden sollen, denen sich noch manche andere hinzufügen lassen, als Alter und Krankheit, die das Gedächtniß geschwächt haben, können — mit Ausnahme des letzten — beim Beweise in Betrachtung kommen. Sie entschuldigen die Unwissenheit nicht, dessen es auch nicht bedarf, aber sie machen sie glaublich. Die Entschuldigung liegt in der Schwäche des Menschen und dieses Individui.



Berlin, gedruckt bei A. W. Hayn.

